1856. VII.
IUR. I.

DE ORIGINE ET NATURA EORUM QUAE APUD VETERES ROMANOS PER AES ET LIBRAM FIEBANT.

DISSERTATIO INAUGURALIS

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE ILLUSTRIS IURE CONSULTORUM ORDINIS

IN ACADEMIA CHRISTIANA-ALBERTINA

PRO SUMMIS IN UTROQUE IURE HONORIBUS RITE OBTINENDIS

PUBLICE DEFENDET

AUCTOR

ADAMUS VOEGE

[redacted]

KILIAE.

EX OFFICINA C. F. MOHR.

MDCCCLVI.

Imprimatur.

Dr. *G. Girtanner*,
h. t. Decanus.

PRAEFATIO.

Est omnino in jure res difficilis, explicare et describere ea, quae usque ex ultima delata antiquitate licet etiamtum in usu fuerint, quum jam viguerit juris scientia, ita tamen plerumque propter vicissitudines rerum immutata progredientibus aetatibus inveniuntur, ut qualem quando quibus ex causis originem sumpserint quaeque principio eorum natura fuerit, oblivione obrutum ad liquidum perduci non possit. Neque in jure Romano aliter se res habet. Sane excoluerunt Romani mature admodum eam, qua omnibus antecelluerunt, artem, juris scientiam. Verum non fuit Romanorum, id quod neminem fugisse arbitror, minime vero classicorum, quos vocant, juris consultorum, in antiquitatem investigandam illustrandamque quum multum conferre laboris, tum ingenium praestans: pessima sane ratione versati sunt in ea arte, quum Graeco vocabulo etymologiam vocamus, quae ars in antiquitatibus atque rebus temporis longitudine involutis tractandis merito utilissima habetur plurimumque valet ad adumbranda, cognoscenda, intelligenda ea, quorum e vitae usu jamdiu sublatorum mortua est in hominibus memoria. At nostrae antiquissimarum Romanarum rerum cognitioni maxime obstat, quod remotiorum fere omnia, plurima posteriorum auctorum scripta iniquitate temporum perdita ad nos aut omnino non pervenerunt, aut ita mutila et corrupta, ut frustra in eruendis recognoscendisque veris ipsius scriptoris verbis atque sententiis hominum eruditissimorum opera consumatur.

Itaque mirandum non est, eam quoque rem, quam mihi tractandam sumpsi, quum praesertim, ut inter omnes constat, non modo antiquitus, verum etiam imperatorum aevo principem quendam in jure Romano locum obtinuerit, tamen quum veri similiter ipsis rei Romanae primordiis, certe non ita multo post orta, in jure autem, quod Justinianus imperator promulgavit, sublata sit, propter veterum testimoniorum inopiam cognitionem habere et explicationem difficillimam. Quam ob causam quum nostra aetate plurimi viri magnis et sagacissimis ingeniis praediti doctissimique huic rei explorandae operam navaverint maximam — quippe oblectationem habet non parvam ipsa rerum tum magnarum, tum etiam occultarum indagatio —, gravissimae inter illos exstiterunt controversiae et dissensiones. Attigerunt eandem praeter ceteros Niebuhrius in historia Romana, Puchta, Christiansenius, Schillingius in institutionibus suis, Walter, Christiansenius, Danzius in historiis, quas composuerunt, juris Romani, Savignius vero, Car. Sellius, Bachofenius, Huschkius de eadem vel de parte libros conscripserunt. [1]*) Post haec tam multa a tot viris illustribus in varias partes disserta ad hanc eandem materiam aggressus in rebus aut novum aut certius aliquid juvenem me allaturum paene desperabam, nec essem ausus lubricam ingredi viam et arduam, nisi praemio invitatus allectusque in hac academia Christiana-Albertina exposito. Quae viri illi de re proposita senserint, ea referre copiosius ac diligenter attenteque examinare, quum huic commentationi angustiores circumscripserit terminos, instituti mei ratio non permittit; breviter indicare satis habeo.*

[1]) *Savigny, über das altröm. Schuldrecht. Bachofen, das Nexum, die Nexi und die* lex Petillia. C. Sell, de juris Rom. nexo et mancipio. *Huschke, das Recht des* nexum *und das alte röm. Schuldrecht.*

§ 1.

Mihi in animo est, de origine scribere et natura eorum, quae apud veteres Romanos per aes et libram agebantur. Apud antiquissimos Romanos pleraque comperimus vel omnia fere negotia ad juris privati rationem aliquo modo pertinentia, quae quidem non minime essent momenti, per aes et libram facta esse, eam consuetudinem viguisse, dum libera fuit respublica, mansisse imperatorum aetate, nec prius quam ab imperatore Justiniano, quum jam Romanum non esset, sed Graecum imperium, penitus esse sublatam. Hujus rei causam rationemque quaerentibus hoc fieri non potest quin nobis in mentem occurrat, olim quum neque argenteam neque auream haberet pecuniam necdum aere signato usum esse aere rudi populum Romanum, quod quum alia ejus solvendi non esset copia, appenderetur: nec illico, quum a Servio Tullio rege pecudum notis aes esset signatum, pondusque et cum pondere pretium indicatum, libram fuisse supervacaneam, propterea tum quod signatum aes, initio praesertim, non sufficeret, tum quod pondere assium saepius mutato quum eadem nota signati diversa quum pondera tum pretia habentes simul in usu essent, qua forma essent percussi non facile oculorum obtutu dignosceretur, tum denique quod etiam finitimarum civitatum nummis procul dubio Romani uterentur, ita ut Gajus aereorum nummorum vim et potestatem non in numero, sed in pondere fuisse non dubitet affirmare. Et aerea quidem pecunia tamdiu usus est populus Romanus, quamdiu mediae, quam hodie vocant, Italiae finibus imperium continebatur, cui postquam Pyrrho rege devicto magna accessit Graecia, a. u. 485, quinque annis ante primum bellum Punicum, argenteos coeperunt nummos cudere, quibus mox aurei accesserunt. Per totum illud tempus quotiens pecuniae summa non minima solvenda erat, libra adhiberetur necesse videbatur. Quod et compluria verba, ut dispensatores, expensa, expensilatio, compendium, dispendium, impendia, dependere, libripendes (militum stipis ponderandae pensatores) testantur, et veteres auctores semel et saepius affirmant. [2])

Hanc ob causam quotiens negotium gerebatur, cui pecuniae interveniebat solutio, ab eo negotio, si quidem id ageretur, ut non referretur ad futurum tempus, sed

[2]) Agunt de hac re nummaria et de ratione per trutinam solvendi Plin. H. N. XXXIII., 3. Varro, de L. L. V., 169—174, 177, 182, 183. Gaj. I., 122. Isidor. orig. XVI., 17—19, 24.

statim conficeretur, aes pecuniae vice fungens abesse non poterat, sed pluribus casibus libra quoque necessario accedebat. Inde consequens erat, ut emptio venditio, cujus in pecunia omnis vis et potestas est, aes et libram postularet, si ipsa consensu perfecta partes pretium repraesentari intenderent. Atqui quae fuit veterum Romanorum in negotiis contrahendis summa et quasi morosa quaedam cautio circumspectioque, mentibus nostris anticipare possumus, eos consentientes de re emenda vendendaque curavisse, ut res empta emptori, venditori pretium statim traderetur. Patet porro nec mutuae pecuniae dationem sine aere et libra bene potuisse procedere. Ea vero negotia, quae nec requirunt nec recipiunt pecuniam, nec aes et libram requirebant. Et quum argento signato pecunia numero constaret ideoque adnumeraretur, nec amplius eam appendere attineret, necessaria esse aes et libra jam omni ex parte desierant. Nihilominus etiam posthac multa per aes et libram facta esse animadvertimus. Nam praeterquam quod etiam Gaji temporibus quibusdam in causis obligationes solutione per aes et libram tollebantur, iis adhibitis mancipationum peragebantur solennia, quarum in jure Romano usus fuit frequentissimus et magni momenti. Ac per mancipationem fiebant quarundam rerum permutatio et donatio et dotis constitutio, quibus in negotiis pecunia non interveniente aere et libra nullo tempore opus fuisse satis apparet. Similiter se res habebat in earundem rerum a pristinis dominis ad novos faciendis translationibus ex causa transactionis vel solutionis, quae eadem mancipatione fiebant.

Haec sufficiant, quare intelligatur, aere et libra Romanos etiam praeter necessitatem in negotiis gerendis usos fuisse, verique simile vel fere certum redditur, ea solennem quandam rei, quae ageretur, formam praebuisse. Et multis rebus apparebit, illam dictionem proprio quodam sensu receptam fuisse, non generatim de omni aeris sive pecuniae aereae pensione usitatam. Verumtamen dubium fere videri nequit, quin solennis illius formae adhibendae consuetudini cum veteri pecuniae per trutinam appendendae usu conjunctio et quasi cognatio quaedam intercesserit.

§ 2.

Eorum, quae per aes et libram fiebant, origo et natura explicatu et cognitu difficiles sunt. Etenim eo tempore, quo et antiquitati et juris scientiae operam magnam Romani dare coeperunt, vetus illorum eaque insignis species, qua sublata plebi Romanae Livius (VIII., 28) refert velut aliud initium libertatis factum esse, dudum in oblivione jacebat eamque ob causam rarius et obiter tantum a veteribus commemoratur, neque eorum quidem, quae etiam Gaji tempore frequentissimo in usu erant, causam veramque naturam externa rei specie relata in iis, quae ad nos perlata sunt, explicarunt. Praeterea perpauca in veterum scriptis universe de iis, quae per aes et libram agebantur, disputata leguntur, quae leguntur, parum inter se convenientia.

Continentur fere locis apud Varronem de L. L. VII., 5, 105 et apud Festum s. v. Nexum:

Varro l. c. Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeterquam mancipio detur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit, de quo quaerit. Nam idem, quod obligatur per libram, neque suum fit, inde nexum dictum. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. (Hoc C. Poplilio vocare Sillo dictatore sublatum ne fieret, et omnis, qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti.)

Festus s. v. Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, idque necti dicitur, quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi dando (leg. datio), nexi liberando (leg. liberatio).

In toto Varronis opere permulta occurrunt menda. Nec noster locus iis vacat. In postremis, quae uncis inclusi, vitium inesse patet. Sed etiam in iis, quae antecedunt, quaedam interpretibus emendanda esse visa sunt. Acris controversia agitatur de verbis „praeterquam mancipio detur.“ Pro quibus Niebuhrius (in hist. Rom. I. p. 640) legendum censuit „praeter quae mancipio dentur,“ ejusque vestigia multi, inter hos Odofredus Muellerus, Varronis editor, qui in Mus. Rhen. V. p. 198 hanc defendit conjecturam, tum Scheurlius (l. l. p. 9) secuti sunt. Nuper tamen Sellius et Bachofenius codicum scripturam genuinam esse contenderunt. Sed Sellius inferioribus offensus verbis „neque suum fit“ legendum existimat „nec quod suum fit,“ qua in emendatione probanda multus est. Necessitate non cogente in lectione codicum, licet a plerisque reprobata, nihil temere esse immutandum ratus praetulerim tamen cum Huschkio in libro de jure nexi (p. 32) „praeterquom mancipio detur“ perfacili unius literae in similem mutatione, qua efficitur, ut sensus sit idem, atque ex Niebuhrii conjectura. Quod autem Huschkius reprehendit verbum „obligentur,“ idque mutare vult in „obligetur“ aut „obligemur“ aut „obligemus,“ rationes ejus sufficere non videntur. Partes enim hoc loco intelligi possunt, quae obligentur.

Jure consulti illi, quorum Varro refert nexi definitiones, M'. Manilius, consul a. u. c. 505, quem Cicero (de orat. I., 48) vere jurisconsultum nominari, quem Pomponius L. 2 § 39 de O. J.) jus civile fundasse dicit, quique saepius in veterum scriptis occurrit, Q. Mucius Scaevola, pont. max., consul a. u. c. 659, quem Tullius (de orat. I., 39) hominem omnium et disciplina juris civilis eruditissimum et ingenio prudentiaque acutissimum dicit, quem Pomponius (L. 2 § 41 eod.) jus civile primum constituisse tradit, tum Aelius Gallus, quem libros de verborum, quae ad jus pertinent, significatione conscripsisse scimus (Gell. XVI., 5, L. 157 de V. S.) merito inter juris antiquitatisque peritissimos habendi sunt, qui, dum libera erat respublica, floruerint. Quapropter si quis eos inter se conciliare studendum esse putat, quum praesertim prope aequales fuerint, est aliqua rei ratio. Verumtamen eorum auctoritate non

moveor, ut cum Sellio (p. 19) summo studio omnibusque viribus enitendum esse censeam, ut demonstretur, nullam esse illarum sententiarum discrepantiam, sed potius cum Huschkio cavendum esse arbitror, ne has definitiones veterum, qui eo vixerint tempore, quo jurisprudentia minime esset adulta, sed recens nata, pluris faciamus. Nam si animo non praeoccupato explicationes illas compararimus, non poterimus quin easdem inter se repugnare dicamus. Etiam si codicum scripturam sequimur, dicendum est, Mucium, Varrone approbante, nexa esse affirmantem, quae per aes et libram fiant, ut partes obligentur, a Manilio et Aelio Gallo discrepare, quum facile sit probatu, minime omnia eo consilio facta esse, ut obligatio constitueretur. Quin scimus facta esse, quibus obligationes tollerentur. Sin vero aut Huschkii aut Niebuhrii emendationem probamus, Mucius aperte et definite omnia mancipia nexo detrahit. Et ipse Manilius, quid de nexo statuendum sit, dubitare videtur, mancipiaque proprie non esse in nexorum numero putare. Alioquin enim causa non fuit, cur nominatim de mancipiis diceret, ea nexa esse. Illud autem argumentum, quo plerique interpretes nisum putant Varronem (quippe homini erudito atque verborum usque vim intuenti arridebat) in Mucii discedere sententiam, nexum a nec suo dictum esse, perabsurdum est nec dignum, quod verbo uno refellatur. Sellius, quo suae fundamentum pararet sententiae, verborum Varronis, sicut modo allatum est, emendationem excogitavit, qua simul Varronem et defenderet et purgaret. Ea mutatione totiusque loci in patrium sermonem conversione alii, ut censor ejus Gloedenius in Schneideri annal. crit. 1845 p. 394 recte observavit, sententiam attribuere non dubitat, qua insulsior non facile invenitur, quae ne cogitari quidem potest. Fingitur enim Varro refellere eum, qui existimet, nexum inde dictum esse, quod suum, id est dominium fiat. Trahit porro Sellius (p. 25) in vertendo loco pronomen „idem“ ad vocabulum praecedens „verbum,“ quum conjungendum sit cum sequentibus „quod obligatur per libram.“ Ex Varronis enim mente id, quod obligatur per libram, nexum dicitur, idque ex ipso verbo sequi affirmat. Et recte atque jure ille quidem. Nam si verbi nexi vim intuemur, neminem, qui lingua Latina imbutus est, fugere oportet, nectendi verbum, a quo est dictum nexum, idem prope esse ac ligare vel obligare. De hac tamen vocabuli notione non omnes consentiunt, atque etiam nostra aetate inventi sunt, qui nexum idem esse vocabulum atque negotium, aut qui nexum a nec suo dictum esse opinarentur. Hanc posteriorem opinionem qui amplectuntur, teste utuntur Varrone, qui reprobant in eum invehuntur, qui tam perversam derivationem prodiderit, quam Hugo in hist. jur. Rom. p. 282 detestabilem vocat. Est sane rejicienda, sed non perspicio, cur eo nomine Varro tantopere vituperetur, quem tale quid cogitasse satis probatum non est. Qui mea sententia hoc exprimere vult, nexum inde [3]) .

[3]) Ab obligando. „Inde“ igitur particula conjungenda est cum „obligatur,“ non cum „neque suum.“ Tum non oportet hoc loco Varronem increpare, quamvis licet jure Scaliger exclamare soleat: desinat ineptire Varro! Nec Sellii emendatione opus est, qua reprehensio evitetur.

esse dictum, quod res aut persona tantummodo obligetur (sive nectatur), non autem, quemadmodum in mancipiis, in dominium potestatemve alius transferatur. Consequitur hoc ex iis, quae inferius leguntur, ubi „Liber, inquit, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur." Nexus igitur vocatur, quia alteri tantum obligatus, non ejus factus est, ut fit in mancipio. Similiter apud antiquos, Festo s. v. Nexum teste, nexum aes dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur. Nam etsi illud aes sine dubio accipientis fieret, solebant ita dicere veteres, quia quum debitor ad rependendum aes libra et aere acceptum obligatus esset, ipsum aes quodammodo ejus non esse, sed creditoris manere videbatur.

Quae quum ita sint, quum in illis veterum, quibus nexum explicare student, repugnantia insit, quumque igitur inter juris antiquitatisque peritos ejusdem prope aetatis de nexi notione et ambitu controversia agitata sit, non alienum videretur, si locos illos potius explicandos esse, quam rem explicare rati missos faceremus. Attamen hoc ex iisdem discere videmur, omnia per aes et libram gesta nexo et mancipio comprehensa esse, nec nostra aetate, quum inter homines doctos de vera nexi et mancipii inter se ratione magna varietas nata sit, quum Savignius (p. 8) et Scheurlius (p. 9) nexum genus, ejus speciem mancipium esse arbitrentur, Walter (p. 587) nexum negotium esse existimet, quo res mancipio detur, Sellius (p. 25) neque nexum sine mancipio, neque mancipium sine nexo cogitari posse, nec tamen utique eadem esse censeat, Bachofenius (p. 14) et Huschkius (p. 32), sed iidem inter se discrepantes, tum in mancipio nexum inesse statuant, quum obligatio inde nascatur: nec nostra aetate dico, quisquam inventus est, qui negaverit, tam in nexo quam in mancipio aes et libram esse adhibita, nec qui ea contrahendi forma praeter nexum et mancipium etiam alia negotia gesta esse affirmarit. Unus Huschkius monet (p. 48), nexi liberationem apud Festum s. v. Nexum commemoratam nec mancipium esse, nec nexum dice posse, quum eo peragatur consilio, ut nexi obligatio sive nexum tollatur. Sed hanc ipsam ob causam cum nexo arcte conjuncta est.

§ 3.

Erunt igitur nobis de origine et natura eorum, quae per aes et libram agebantur, tractaturis nexum et mancipium consideranda. Utriusque jam legem XII tabularum mentionem fecisse constat his verbis: „Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto." [4] Hic quia concurrunt, idcirco discerni videntur. Nec Scheurlio (p. 10) assentiendum puto, qui veteribus in legibus crebro verba idem denotiantia vel quorum unum altero comprehendatur, conjuncta inveniri ratus legem intelligit, quasi scriptum esset: Quum nexum faciet, inprimis mancipium rel. Duo-

[4]) Festus s. v. Nuncupata. Cic. de orat. I., 57.

decim tabulas ita locutas esse persuadere mihi non possum, nec aliunde id probari posse puto. Et si verborum nexi et mancipii notionem propriam consideramus, necesse est dicamus, ea quam maxime diversa esse. Atqui si instituti, juris praesertim Romani, originem et naturam investigare et indagare in animo est, optima dux esse videtur vocabuli, quo significatur, vis et potestas, quae, quoniam et verbum et jus in ipso qui iis utitur, populo ortum in eodem crevit adolevitque, veram notionem atque naturam necesse est exprimat. Quodsi verbi mancipii vim inquiramus, nomen hoc a manu et capiendo dictum esse et veteres semel et saepius affirmant, nec est cur a nobis in dubium vocetur. Et dicuntur mancipia, etiam in jure Justinianeo, homines, qui libertate carent. Quos servos appellant Romani, quum de conditione eorum sive in civitate sive in jure agitur, famulos, quum considerantur ut pars familiae patrisfamilias potestati subjecta, mancipia vero quum quasi merx habentur, quae, ut alia merx, emptione venditione, donatione, permutatione comparatur et alienatur. Est autem servis nomen inditum mancipiorum, quia apud antiquas gentes homines manu capti ab hostibus utique in servitutem redigebantur, unde ipsa servitus originem traxisse reperitur. Alia significatione mancipium sive causa mancipii est status liberorum hominum, quo tametsi servi non sunt, servorum tamen loco habentur: quippe ceciderunt in eum statum venditione quadam servorum simili in alius potestatem translati. Hoc mancipium iis temporibus, quibus apud Romanos floruit juris disciplina, in usu fuisse animadvertimus, in jure autem Justinianeo jam non commemoratur. Remotiore, sed etiam Ciceronis aetate sensu simili idem fere valebat, atque dominium, cique mancipio nonnunquam opponitur fructus et usus. [5]) Quaeri autem potest, fueritne diversum a dominio, quod vocabulum hac saltem significatione posterius in usum venit, et qua in re diversum fuerit, et num fortasse fuerit dominium ex jure Quiritium, id quod verisimilitudinem habet. Quarta denique notione mancipium est actus solennis, qui per aes et libram geritur eamque ob causam a nobis contemplandus est. Eo perfecto aut mancipium illud, quod est dominium ex jure Quiritium, transfertur, aut liberi homines in illud, quod est quasi quaedam servitus, mancipium deveniunt. Isque actus solennis imperatorum aetate, velut apud Gajum et Ulpianum, plerumque vel unice appellatur mancipatio. Nam mancipium hoc nihil aliud est, quam vetustior forma vocabuli mancipationis. [6]) Id mancipium patet tam Manilio et Mucio ante oculos fuisse, quam in lege XII. tabularum intelligendum esse. Haec ultima procul dubio prima est mancipii significatio. Nam si uno vocabulo et actio quaedam et id, quod actione efficitur, designatur, illa significatio, ut ipsa actio effectum praecedit, utique prior est, quum propria sit, altera translata. [7]) Quam ob causam quoniam a manu et capiendo mancipium est appellatum, dubium non est, quin actio, qua manu

[5]) Cic VII. 29. Lucret. III. 984. Cic. Harusp. 7. ad Att. VIII. 11. Sen. epist. 75.

[6]) Mancipium sive mancipatio dicitur etiam interdum mancipatus, ut apud Plin. H. N. IX. 35.

[7]) Similis ratio est exempli gratia in verbis aucupii et auspicii.

aliquid caperetur, originem vocabulo dederit, non id, quod actione efficeretur. Hoc enim translatione tantum mancipium est vocatum. Quae si animo colligimus, mancipium, quum ad agendum refertur, tantummodo proprietate quadam solennem aere et libra gestam actionem denotat, quum omnis actio, qua quid manu capimus, mancipium et appellari possit et a priscis Romanis, ut conjicio, appellata sit, ita ut mancipio inprimis actio, qua ex hostibus homines resque capiebant Romani, significaretur.

Haec de mancipii verbi notione. De nexo jam dictum, vim ejus esse eandem fere, quae verbi ligandi et obligandi. Et qui juris Romani peritus est, non dubito quin animadverterit imperatorum certe temporibus nexo sive nexu arctius quoddam obligationis vinculum indicari, ita ut aut res aut persona in ejus, cui obligata est, potestate quouodammodo esse vel certo casu futura esse intelligatur, atque idcirco proprie dici de pignore. Hanc vero nexi potestatem in veteri nexo, quod appellare quidam solent nexum ob aes alienum, praecipue invenimus: eo modo nexos in servitutem quandam abductos a creditoribus, vinctos et clausos fuisse non paucis veterum testimoniis comprobatur. Verbi vi et potestate generatim perspecta, si sitne vel potius contineatne nexum negotium aliquod quaerimus, ut obligatio contrahatur, quoniam eo verbi notionem vel maxime tendere animadvertimus, si id ante omnia poscimus, videmur hoc jure nostro quodammodo postulare. Quodsi observamus negotium per aes et libram actum obligationem eandemque aere et libra contractam continere, ea, quum persertim et Manilius et Aelius Gallus omnia per aes et libram gesta nexo vindicent, nexi obligatio dici posse videtur, licet Mucius et mancipia omnino nexo subtrahens et insuper requirens, uti, quod per aes et libram geritur, id obligationis contrahendae causa fiat, aliud statuere videatur. Sin vero obligatio per aes et libram nulla gignatur, tum neque nexum negotium, si recte loqui volumus, appellari licet, quamvis licet apud veteres nonnunquam abusione ita nominetur. In mancipio contra requiremus, ut actu per aes et libram manu capiatur, quod qui accipit, si res est, suum faciat, si persona, in suam redigat potestatem. Verumtamen ipsum hoc manu capere, sicut videbimus, si non inde ab initio, at recentius, latius patuit.

De nexo et mancipio jam XII. tabulas locutas esse novimus. Neque iis sunt introducta, ut ex ipsa lege concludere possumus. Et Paulus in Fragm. Vat. § 50. confirmari mancipationem dicit lege XII. tabularum, satis indicio, eam antea in usu fuisse. Utrumque igitur ex antiquitatis remotissimae tenebris descendit, nec apparet ratio, qua adducamnr, ut alteri priorem originem vindicemus. Quocirca quoniam via et ratione procedimus a rebus magis cognitis vel cognitu facilioribus proficiscentes, quo ad reconditas viam aperiamus, optimum duco priori loco de mancipio verba facere, cujus explicationem fontes uberius affluentes faciliorem futuram promittere videntur. Hujus mancipii sive mancipationis priusquam originem causasque exploremus, utile erit, ipsius actus formam, partes, usum, quales a Gajo inprimis et Ulpiano referuntur, sub uno aspectu posuisse.

§ 4.

Mancipationem Gajus (I. 113, 119) imaginariam quandam appellat venditionem, venditor mancipare vel mancipio dare, emptor mancipio accipere dicitur. In ea emptione venditione adhibitis civibus Romanis puberibus quinque testibus et libripende, emptor rem, si mobilis est, vel hominem mancipandum tenens verba haec: „Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra“ locutus libram, quam libripens tenet, aere percutit idque aes dat ei, qui mancipat, quasi pretii loco. Quodsi praedium mancipandum est vel servitus, in absentia res peragi potest et plura simul mancipari, dum mobiles res non plures uno tempore mancipari, quam quot manu capi possunt. [8])

Mancipatioenm plurimae res non recipiunt, quibus mancipandis nihil agitur. Hae res nec mancipi vocantur, contra res mancipi, quae per mancipationem transferuntur. Sunt autem res mancipi praedia in Italico solo, tam urbana, quam rustica, jura praediorum rusticorum, velut iter, actus, via, aquaeductus (urbanorum non item), servi et quadrupedes, quae collo dorsove domantur, quales sunt equi, boves, asini, muli; elephanti tamen et cameli, licet hi quoque jumentorum operam praestent, nec mancipi sunt. [9]) Gajus memorat controversiam agitari inter duas scholas, utrum rebus mancipi jumenta et armenta ratione nascendi adscribantur, an domita ea vel eam aetatem, qua domari soleant, nacta esse oporteat. Illud Sabiniani, hoc Proculiani putabant. Ulpianus talis controversiae mentionem non facit.

Praeter has res mancipi liberae personae mancipantur, dummodo sint potestati alius vel juri simili subjectae. Sui juris enim personas mancipio dari posse nemo veterum dicit. Itaque mancipio dantur tum filiifamilias, quibus per mancipationem illud mancipium, quod servitutis loco est, aut constituitur aut mutatur, tum feminae, quae mancipatione vel, ut hic appellatur, coemptione in manum mariti conveniunt, nisi, quod serius a prudentibus inventum est, fiduciae causa fit coemptio ad evitanda quaedam incommoda ex sexus ratione oriunda, velut testamenti faciendi aut tutoris reponendi gratio. Coemptio autem a ceteris mancipationibus non parum differt, in verbis praesertim, quibus utuntur.

Est praeterea mancipi familia, quam testamento per aes et libram paterfamilias mancipio dat familiae emptori. Quo testamento non mancipatur, quae res nec mancipe est eamque ob causam in jure tantum cedi potest, hereditas, quippe viventis nulla est, verum universitas personarum rerumque juri testatoris subjectarum. Ea universitate, cui familiae nomen est, etiam ipse paterfamilias continetur, eamque ob causam, tametsi alia neque persona neque res mancipi ulla insit, utique mancipi est.

[8]) Gaj. I. 121. Ulp. XIX. 6.
[9]) Gaj. I. 120. II. 15, 16. Ulp. XIX. 1.

Quoniam vero in testamento faciendo non id agitur, ut patrimonium testatoris statim ad heredem transeat, sed ipsius maneat usque ad mortem, idcirco inter mancipationem, quae testamenti ordinandi causa peragitur, et ceteras magna intercedit differentia, propterea quod familiae emptor mancipio accipiens non potest dicere familiam esse suam ex jure Quiritium. Verba solennia, quae familiae emptorem loqui accipimus, apud Gajum II. 104, sed quum lacuna explenda sit, varie a viris doctis leguntur. Malim legere locum, qualem Lachmannus restituit: „Familia pecuniaque tua endo mandatelam tutelam custodelamque meam, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra esto mihi empta.“ In hac mancipatione celebranda is quoque, qui mancipio dat, testator, verba certa pronuntiat. Qui aeris particula a familiae emptore accepta tabulas testamenti tenens: „Haec ita, ait, ut in his tabulis cerisque sripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites, testimonium mihi perhibetote.“ Et haec, ut Gajus et Ulpianus referunt, vocatur nuncupatio.

His positis quum de ritu mancipationis, tum de usu iis temporibus, quibus jure consulti maximi scripserunt, jam hoc loco, priusquam ad initia mancipationis indaganda aggrediamur, pauca summatim de indole ejus et potestate constituenda sunt. Dum stipulationibus et pactis secundum principia juris Romani nisi traditione consecuta non transferuntur, mancipatione perfecta res mancipata, si quidem dominus fuit, qui dedit, ipso jure accipientis fit, nec traditio ultra est necessaria. Idem quod mancipatio, efficit in jure cessio. Cujus usus quibusdam rebus latius patet, quum, ut omnes res corporales, exceptis praediis provincialibus, ita etiam incorporales, velut jura praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum, ususfructus, hereditas, tutela legitima (non tamen obligationes) in jure cessionem recipiant, quibusdam, quum neque causa mancipii neque manus per eam constitui, neque testamentum fieri possit, angustiore ambitu continetur. Quaestio oritur, qua re factum sit, ut ne dicam de rebus incorporalibus, in corporalibus multis mancipatio non similiter atque in jure cessio locum habuerit. Quae quaestio cum ea de origine mancipationis arcte cohaeret.

§ 5.

De origine ipsius mancipationis pauci scriptores tractarunt, permulti de differentia rerum mancipi et nec mancipi ejusque causis. Qui plerumque non animadverterunt, finem sibi propositum se adepturos non esse, nisi quibus ex causis orta sit mancipatio et quamobrem mancipatio fuerit, perspexissent. Mira est sententiarum de rebus mancipi et nec mancipi prolatarum diversitas. Quas omnes referre atque excutere longum est. Quare satis habeo, quae recentiores auctores hac de re senserint, breviter exponere. [10])

[10]) *Ger. Meermann*, de rebus manc. et nec mancipi. — *Manhayn, über den Ursprung und die Bedeutung der* res m. *und* nec m. *im alten röm. Recht.* — *Danz, Lehrbuch der Gesch. des röm. Rechts,* I. p. 192 seqq.

Multi rerum mancipi numerum olim majorem fuisse existimant, nec defuerunt, qui quum persuasum sibi haberent, initio apud Romanos sola traditione nullarum rerum dominia mutari potuisse, sed utique opus fuisse actu civili, velut mancipione aut in jure cessione, omnes res, quae quidem traditionem reciperent, mancipi fuisse defenderent.[11]) Propositionis, qua potissimum nituntur, antiquitus dominium nisi aut per actum civilem aut usucapione accedente acquiri non potuisse, ut probatio difficilis est, ita difficilis refutatio. Argumenta, quibus adductus in rebus nec mancipi, ut inferiore aetate atque, sicut videtur, omnino Ciceronis tempore, ita jam principio traditionem ex justa causa suffecisse puto ad dominium transferendum, infra afferam. Hanc meam opinionem qui comprobat, non facile is ad illam sententiam, olim rerum mancipi genus multo latius patuisse, accedet. Duae enim res rerum mancipi propriae erant, quibus a nec mancipi rebus differebant, una, quod recte non acquirebantur, nisi actione civili, velut mancipatione, in jure cessione, adjudicatione, qua deficiente usucapio accederet necesse erat, altera, quod solae per mancipationem transferri poterant, quae in ceteris nullam vim habebat. Nam Gajus (II. 29) jura praediorum urbanorum in jure tantum cedi posse ait, rusticorum vero etiam mancipari. Quibus aperte negat servitutes praediorum urbanorum ut res nec mancipi mancipari posse. Hoc tamen exemplum, quum servitutes res sint incorporales, solum satis non est. Sed sufficiens hujus rei argumentum praebet tum Ulpianus (XIX.), qui, ut traditionem propriam rerum nec mancipi, ita mancipationem propriam appellat speciem alienationis rerum mancipi, non autem, ut in jure cessionem, usucapionem, adjudicationem, legem — de quibus omnibus hoc nominatim dicit — communem et rerum mancipi et nec mancipi alienationem, tum Cicero in Top. c. 10, qui Finge mancipio aliquem dedisse, inquit, id quod mancipio dari non potest. Num id ejus factum est, qui accepit? aut num is, qui dedit, ob eam rem se ulla re obligavit? Quae verba Boethius ad h. l. recte interpretatur loquentia de rebus nec mancipi mancipatis. Quas ob causas, qui res apud jure consultos classicos nec mancipi vocatas jam olim sola traditione (si quidem eae essent, quae admitterent traditionem) alienari acquirique potuisse existimat, easdem tunc mancipi fuisse non arbitrabitur, propterea quod una res rerum mancipi propria, quod actione civili transferendae erant, omnimodo in iis desideratur, nec alterius ratio probabilis reddi potest, quoniam intelligi nequit, quapropter, quae antea potuerint, non tamen debuerint, posterius ne potuerint quidem mancipari. Sed etiam si quis has res antiquitus non potuisse traditione legitime comparari defendat, censeat tamen easdem mancipi fuisse, forsitan causas probabiles is afferre poterit, cur necessarii esse mancipatio ceterique actus civiles desierint — non repugno —: quamobrem vero postea ne potuerint quidem mancipatione transferri, id explicatione adhuc indiget, quum ex necessitate mancipandi remissa nequaquam sequeretur, ut jam mancipationem non reciperent, quum praesertim in jure cessio etiam in rebus nec mancipi locum

[11]) *Ballhorn-Rosen*, *über* dominium. p. 83 seqq.

haberet. Haec autem ratio etiam ceteris obstat, qui minime omnes res mancipi fuisse dicunt, tamen mancipationi in veteri jure latiorem usum vindicant eo, quem veteres auctores fuisse referunt.

Niebuhrius in hist. Rom. I. p. 503 quum sibi persuasum habeat res mancipi eas fuisse, quae cujus ex jure Quiritium essent, quaeque in censum referrentur, tum opinatur antiquioribus temporibus etiam argentum, aurum, pecudes minores, velut oves, capras, et fortasse omnes res, quas quis vere suas haberet, non tantum possessione a republica vel patrono concessa teneret, mancipi fuisse: aes quin fuerit, dubium ei omnino non videtur. At posterius certe nihil obstabat, quominus etiam res nec mancipi civis Romani ex jure Quiritium essent, quamvis civili jure ejus non factae, sed jure gentium, nec causa apparet, cur olim rem habuisse se aliter arbitremur. Putat Niebuhrius res mancipi esse res mancipii, mancipi enim esse genitivum contractum, mancipii res fuisse eas, quas quis haberet in mancipio suo id est in legitimo dominio vel ex jure Quiritium. Res mancipi igitur ex Niebuhrii sententia idem valerent, atque res dominii legitimi vel ex jure Quiritium. Mancipi esse genitivum contractum, jam ante Niebuhrium plures monuerunt, velut Vossius (de arte gramm. III. 46), Salmasius (de usur. c. 8), Perizonius (ad sanct. Min. IV. c. 4 n. 12), atque Schultingius in jurispr. Antejust. p. 619 hic in mancipio, ut Niebuhrius, videt dominium verum, jure civili probatum. Sed haec sententia, quamquam nihil moror, quominus res mancipi sint res mancipii, mihi videtur falsa esse. Etenim mancipium hoc haud dubie sensu vetustissimo ad agendum referri oportet, ad actionem igitur, qua res acquiratur. Itaque quum mancipii nomine proprie vocatus est actus solennis per aes et libram, res mancipii sive mancipi eae fuerunt, quae per aes et libram et possent et quodammodo deberent transferri. Quod autem Niebuhrius, sicut etiam Vangerowius in libro de Latinis Junianis (p. 79) res mancipi eas fuisse existimat, quae in censum referrentur, omnes res corporales in censum referebantur, tametsi non essent mancipi: at jura praediorum rusticorum, licet mancipi essent, non video qui in censum potuerint dedicari. Nec oportet eandem ob causam cum Vangerowio recurrere ad locos apud Cic. pro Flacco c. 32 et Fest. s. v. Censui censendo, quibus probetur, res mancipi et res censui censendo easdem fuisse. Et videntur, quod Huschkius in libro de institutis regis Servii Tullii (p. 569 n. 86) recte observavit, censui censendo sola praedia esse appellata, quum Festus l. c. censui censendo agros proprie appellari dicat, qui et emi et venire jure civili possint: in praediis nimirum differentia erat Italicorum et provincialium, quae posteriora emi et venire jure civili non poterant, id quod in omnibus rebus mobilibus et se moventibus aliter erat, quoniam etsi mancipationem, at non similiter in jure cessionem res nec mancipi excludebant. Goettlingius in hist. instit. resp. Rom. (p. 124) ad Niebuhrii sententiam propius accedens eam restringit ita, ut res mancipi putet eas, quae aere gravi in mancipationibus ad certam summam redigi potuerint: eas tum a rege Servio Tullio in censu

nominatim esse appellatas. De hac re etsi nihil certo constat, tamen ita esse potest: at impedimento sunt servitutes praediorum rusticorum, quae quanti essent iu censum dedicari non poterant, id quod in dubium vocari posse non videtur.

Aliter rem explicat Hugo in hist. jur. Rom. (p. 512 seqq.), qui in rebus mancipi requirit, ut pretiosae populo agriculturae dedito, ut corporales vel tales fuerint, quae ad corporales proxime accederent, ita ut facile discernerentur, denique ut jam pridem Romanis notae fuerint. Haec sine dubio in rebus mancipi inveniuntur, sed nondum iis explicatur, quare in iis mancipatio tam necessaria fuerit, et cur ceterae res corporales mancipari non potuerint- Hanc necessitatem mancipandi Walter in hist. jur. Rom. (p. 588) res mancipi fuisse ratus, quae praecipue praedium rusticum ejusque instrumentum effecerint, ex eo deducit, quod Servius Tullius rex ratione habita librorum, in quibus totum solum descriptum esset, in his rebus acquirendis alienandisque mancipationis formam requisierit. Sed ratio non apparet, cur ob eam causam mancipatio potissimum fuerit inventa, quae minus idonea et conveniens esse videatur. — Ab omnibus his sententiis diversissimam de rerum mancipi notione et vi eximia proposuit sentententiam Huschkius in libro de institutis regis Servii Tullii (p. 249 seqq.) cum universa sua de necessitate, quam reperit in populi a rege illo constituta divisione quasi divinitus institutam arctissimo vinculo cohaerentem. Quae quum intelligi et impugnari nequeat nisi tota doctrina viri illius exponenda et impugnanda, quum hoc et alienum a proposito nostro et longius esset, quam fines hujus commentationis admittunt, putavi praetermittere eam me posse, eo magis, quia ipse Huschkius Romanos illius rerum mancipi significationis conscios verisimiliter non fuisse confiteatur. Huschkii opinioni plane oppositam defendit Christiansenius in hist. jur. (p. 352 seqq. et passim). Qui mancipi infinitivum passivi esse existimans verbi veteris mancipere, quod idem valuerit atque mancipare, manu capere, resque mancipi fuisse, quae mancipari sive mancipi solerent vel deberent, ita ut tale verbum supplendum sit, in distinctione illa rerum mancipi et nec mancipi nullam videt necessitatem, sed putat juris prudentes Romanos diu in incerto fuisse, quid de illa statuendum esset et quasnam res mancipari oporteret, dum sensim sensimque eam doctrinam excogitarent, quam a Gajo et Ulpiano nobis traditam, priscis Romanis prorsus ignotam ineptam esse arguere non dubitat: apud antiquissimuos autem Romanos eas res mancipari solitas fuisse, quae cognitionem facilem habentes vindicationem admitterent: testes in omnibus negotiis adhibitos esse, neque eorum aliam fuisse potestatem, quam ut per eos, quid gestum esset, constaret. Sed testes non dubito quin aliud significaverint, id quod inferius § 6 demonstrare conabor.

His sententiis variorum recentioris aetatis auctorum breviter relatis, melius res explicari videtur ex ea sententia, quam Manhaynius in libro allato (p. 61 seqq.) in medium protulit, quamque Danzius in hist. jur. Rom. (p. 192) et Puchta in instit. (vol. II. § 238) universe approbarunt. Eas res fuisse mancipi arbitratur, quae res

praedae ab ea ad privatos homines venditione publice instituta transferrentur. Huic opinioni jam argumenta afferenda sunt, quibus probabilis reddatur et confirmetur.

§ 6.

Per testes quinque, quos in mancipionibus necessarios fuisse novimus, antesignano Niebuhrio multi monuerunt populi Romani quasi imaginem quandam expréssam esse, eamque hodie communem fere dicere licet opinionem, quamquam non prorsus desunt, qui adversentur. Veram eam esse, magno argumento est testamentum, quod per aes et libram agebatur. Nam quoniam olim testamenta condi non potuerunt, nisi aut in pace et otio calatis comitiis, quae bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est armato et expedito exercitu, patet tunc saltem testationem populi ad testamentum in paganis faciendum fuisse necessariam. [12]) At majoris rei causa in comitiis testamenta fieri oportebat. Ad solam testationem pauci suffecissent, nugasque egissent Romani testandi causa totum populum convocantes. Fieri debebant in comitiis testamenta, eo praesertim tempore, quo gentilitas vigebat, ut a populo, tanquam lex rogaretur, approbarentur ejusque auctoritate confirmarentur. [13]) Utcunque se res habuit, sive testatio populi fuit, sive confirmatio, quum neutra re vera esse posset, quotiens quis domi subita morte pressus testamentum facere vellet, idcirco testamentum per aes et libram a prudentibus inventum moribus introductum frequentem in usum venit, quo in testamento comitia populi Romani testibus civibus Romanis praesentibus adumbrarentur. Quorum testium si nulla alia fuisset significatio, quam eorum, quibus in negotiis quotidianis utimur, supplere non potuissent testationem vel confirmationem illam populi. Quum autem propositum esset exprimere populum Romanum per testes adhibitos, quaestio orta est, quinam numerus eligendus esset? Optandus erat minimus, quo facilius res perageretur. Quamobrem quinque satis visi, quibus classes quinque, in quas rex Servius Tullius populum descripserat, imitati sunt. Similem quandam nostrae rei causam affert Cicero (orat. adv. Rullum II. 12), qui ad speciem atque ad usurpationem vetustatis dicit comitia (curiata scilicet) per triginta lictores auspiciorum causa adumbrata constituta esse. Confirmat opinionem nostram, ut fere dubitationem admittere non videatur, quod testator nuncupando testes alloquens Quirites appellabat. Quae quum ita sint, quod de ea mancipatione, qua testamenta condebantur, statui oportet, id, quum praesertim familiae, ut rei, quae capi non potest, mancipatio posterioris originis fuisse videatur, non dubitabimus omni mancipationi vindicare, tanto minus quia adeo liberae personae per mancipationem in aliam potestatem et in causam ser-

[12]) Gaj. II. 101. Gell. XV. 27. Theoph. ad § 1 J. de testam. ordin. (II. 10).

[13]) Trekell, Tract. de orig. et progr. testam. fact. II. § 12 seqq. — *Gans, Erbrecht.* II. p. 37 seqq. — *Walter, Rechtsgeschichte* p. 654. — *Ihering, Geist des röm. Rechts.* I. p. 137.

vituti similem redigebantur. Et probabilius hoc redditur considerantibus, mancipationem rerum mancipi idem juris atque in jure cessionem adjudicationemque transtulisse. Nam, ut Gajus ait, quod valet maucipatio, idem (sed non plus) efficit in jure cessio. Deinde in omnibus mancipationibus qui jus sibi comparaturus erat, ex jure Quiritium suum esse ajebat. Ea verba, quae similiter in vindicatione (non tamen putaverim in omni vindicatione, sed in ejus rei, quae esset confirmante populi auctoritate acquisita) dicebantur, ut supervacanea non erat, ita nec sine causa et ratione necessaria fuisse existimandum est, nec parvum momentum habuisse.

Hanc sententiam de praecipua vi quinque testium in mancipationibus adhibitorum Christiansenius in hist. jur. Rom. (p. 143) rejicit. Putat enim omnia negotia ad jus privatum pertinentia coram testibus facta esse, quorum memoria jus negotio constitutum conservaretur. Initio prout iis, qui negotium gererent, conveniens visum et pro negotii cujusque natura modo majorem, modo minorem numerum adhibitum, dum usu diuturno constitisset, non minus quam quinque testes requiri. Sane dicit Gajus (I. 189, III. 174) non minus, quam quinque testes adhiberi, eaque verba indicio esse videntur, etiam plures adhiberi posse. Sed haec non perspicio cur nostrae obstent sententiae. Prudentes nimirum Romani majore numero minorem contineri animadvertentes, modo quinque adessent, majorem numerum non nocere dixerunt. Quod autem nemo veterum disertis verbis dixerit, illos testes populi classium quasi effigies parvas adumbrare, quum multarum rerum rationem non reddideriut neque eorum universe fuerit rerum causas inquirere, mirum videri non debet. Argumenta autem supra adducta planius atque apertius, quam nonnunquam directa testimonia, loquuntur.

§ 7.

His disputatis de testium in mancipationibus adhibitorum eximia quadam vi et potestate, mancipatio peracta quasi populo Romano in classes suas distributo testante vel potius confirmante actus erit nobis omnium maxime civilis, quo comitiorum simulacra parva adumbrata sint. Quam ob causam non sine temeritatis crimine forsitan dices, sicut testamenta, ita omnia, quae serius mancipationem postularent, principio veris comitiis rerumque mancipi alienationem per ipsum populum factam esse. Quandoquidem vero mancipatio sive mancipium a manu et capiendo est dictum, inde conjicere licet, actum hunc solennem apud priscos Romanos nihi in his, quae manu capiuntur, transferendis usitatum non fuisse. Ex numero autem rerum mancipi manu capi nequeunt familia et jura praediorum, quum sint incorporalia. Sed neque ipsa praedia, licet tangi possint, manu capimus. Et novimus in his omnibus mancipandis necesse non fuisse, manu res mancipanda apprehenderetur. Quapropter praeter homines ac jumenta armentaque indigena, quum mancipationum solennia nascerentur, res mancipi nullas fuisse persuasum mihi habeo. Eae res quamobrem hoc modo

insignitae sunt? Ipsa et mancipandi et rerum mancipi appellatio quaerentibus nobis, quid statuendum videatur, indicio esse et poterit et debebit.

In mancipationis solennitate celebranda, qualis cognita est nobis, ipsum illud manu capere forma tantum erat, qua quo consilio quemque in finem negotium gereretur, indicabatur, et utique requirebatur ad jus transferendum domini voluntas rem alienandi. Quodsi quis manu capiendo suam rem efficere vellet, ita ut hoc solum per se ad jus acquirendum sufficeret, a cive capiendo rem furtum committens suam facere non poterat, ne decursu quidem temporis, quoniam adversus furem aeterna erat auctoritas. Quare utique necesse erat ex hostibus res caperetur. Verum igitur mancipium, quo quis etiam non consentiente domino sine ulla alia re suas res faciebat, praedae erat ex hostibus faciendae occupatio. Hoc verum mancipium sine dubio tempore praecessit illud imaginarium, ut ita dicam, quo per aes et libram testibus praesentibus rerum dominia mutabantur. Quod imaginarium mancipium si cum vero illo conjunctum quodammodo et quasi ex eodem natum esse existimamus, a veritate puto nos non aberrare.

Verumtamen quum milites non sibi quisque caperet, sed reipublicae, minus recte dixi, res praedae ab hostibus partae capientium factas esse. Dionysius (VII. 58 ed. Sylburg) constare ait, praedam ex hostibus captam militumque virtute partam ad rempublicam legis jussu pertinere, et non modo nullum privatum hominem, sed ne ipsum quidem imperatorem in eam jus habere. Quem quum sciamus multis exemplis praedam passim militibus distribuisse, et ita quidem, ut jus potestatemque eam distribuendi sibi assumere videatur, quumque ex tot locis unum illud Dionysii testimonium in lege nitatur, quae praedam reipublicae acquiri jusserit, quidam, velut Mayerus in ephemerid. jurispr. hist. (VIII. p. 74) dicere non dubitant Dionysium in errore versari. Temere illi quidem, ut videtur, quum ille rerum Romanarum scriptor ad legem non provocasset, nisi tale quid jubens fuisset. Qua re motus Danzius (I. p. 197) differentiam fuisse censet rerum bello captarum: de quibusdam, ad rempublicam quippe pertinentibus, imperatorem nihil statuere, ceteras more majorum inter milites dividere potuisse. Illas imperatoris arbitrio detractas res populi factas ab ipso rursus singulis venditas esse, easque fuisse res mancipi. De praediis, nihil repugno, quominus Danzio assentiar neganti imperatorem in agros bello captos jus habuisse. Id per se intelligi, nec opus esse testimoniis arbitror. Verum in rebus se moventibus longe alia est ratio, nec loci a Danzio allegati sufficiunt, quibus probetur, de hominibus et equis imperatorem quid statueretur decernere non potuisse. Nam quod legimus captivos atque equos venditos esse, ea re quum saepenumero totam praedam venditam esse animadvertimus, suspicari non licet, quasi res nec mancipi populi non factae, sed utique inter milites distributae fuerint, nec imperatori jus adimitur, etiam homines atque equos militibus concedere. Quin locus Ciceronis,[14])

[14]) Cic. de invent. I. 45 si dici possit ex hostibus equus esse captus, cujus praedae sectio non venierit.

quo Danzius nititur, haud obscure contrarium indicat. Quid igitur est? Verba Dionysii allata dicunt, praedam ad rempublicam legis jussu pertinere, verum non dicunt, lege imperatorem prohibitum esse, quominus praedam ad rempublicam pertinentem militibus distribueret. Orator introducitur dicere, omnibus notum esse, imperatorem in praedam jus non habere: atqui pro his ad legem non provocat, sed oratoria vi dicendi rem auget, neque quia praeda reipublicae erat, idcirco imperatori jus eam aut distribuere aut vendere prorsus ademptum erat. Plerumque tota praeda (quae quidem in rebus mobilibus aut se moventibus constaret), aut ipsa aut manubiae, pecunia inde redacta, militibus concedebatur, nec ad eam rem utique concessu populi opus erat, quamquam, ut conjicio, imperator nonnumquam specialiter praedam in publicum redigere jubebatur. [15])

Ut et rerum mancipi et mancipationis originem exploremus, ad ipsa rei Romane primordia penetrandum esse existimo, et placet mihi Puchtae sententia rati antiquissimis temporibus, quum Romanorum civitas urbis paene muris contineretur, quum bella quotannis geri solita nihil essent aliud, nisi assiduae populationes et praedationes a paucis susceptae in finitimas gentes, praeter homines atque majores quadrupedes, quae serius inter rerum mancipi numerum habitae sunt, nihil praedae esse captum, quum oves, capras, sues domum agere operae pretium non videretur, nec fere essent aliae res dignae visae, quibus oneraretur et impediretur exercitus. Sane capiebantur praeterea exiguae res et leviores, quas quisque facili negotio secum ferre poterat, quasque, etsi pretiosae non essent, utiles sibi quisque ducebat. Eas vero arbitror iis temporibus reipublicae factas non esse, sed capientium. Namque Gellio teste (XVI. 4) quaedam exiguae exiguique prettii res populi concessu capientium fiebant, ut hasta, hastile, ligna, pabulum, uter, follis, facula et si quid minoris esset nummi argentei, ideoque has exceptiones sacramento militari additas legimus. Earum rerum numerus initio, ut opinor, major fuit, ita ut omnes res parvas ac viliores, quas miles facile secum portaret, sibi statim acquireret. Et suspicor lege illa, ad quam Dionysius provocat, quae quando lata sit prorsus ignoramus, veterem rationem, quum praeda usque et major fieret et plures res complecteretur, eo mutatam esse, ut quibusdam rebus paucis exceptis omnes ad rempublicam pertinerent. Eae autem res, quae jam principio, quando fere unicae bello capiebantur, populi factae sunt, homines igitur et jumenta armentaque vernacula, singulare quoddam genus rerum efficere coeperunt, insignitum modo, quo alienabantur. Quae res plerumque (nam interdum et fortasse haud raro etiam in his exceptio vel ab imperatore vel a populo statuebatur, ita ut inter milites ipsae, non tantum manubiae distribuerentur) in publico venum dabantur, et publice quidem a magistratu hasta erecta quasi signo quodam et unde venisset res venumdanda et legitimi dominii transferendi. Appellabant autem praedam,

[15]) Liv. II. 42 accensaque ex cupiditas est malignitate patrum, qui praeda militem fraudavere. Quidquid captum ex hostibus est, vendidit Fabius consul ac redegit in publicum.

puto, quum manu ex hostibus esset capta ideoque mancipio comparata, mancipium, quo nomine serius servos tantummodo, quotiens tanquam merx aliqua in considerationem venirent, designatos esse novimos. Et erand haud dubie captivi longe maximi momenti in praeda capta et ostentationis causa utique Romam agebantur, vendebanturque singuli sub corona, dum ceterarum rerum sectio venibat. Quae igitur res ex praeda venumdari solebant, eas res mancipii sive mancipi vocabant. Eae quandoquidem manu captae erant ex hostibus, ideo conveniens visum est, ut rursus simili actu fierent ementium, qui quanti emerant, tantum aes, libripende adhibito, appendendum curabant, remque acquirendam manu apprehendebant. Quod tali modo ex praeda capta, id optimo jure erat acquisitum, propterea quod res empta, quum rempublicam dominam esse dubitationem nullam habere posset, repeti evincique emptori non poterat. Maxime, ut ait Gajus, sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent. Dixi eum, qui hoc modo sub hasta emisset rem mancipii, manu eam cepisse. Hoc ita intelligendum est, ut non prorsus necesse fuerit eum naturalem ejus possessionem statim corpore mancisci, sed suffecerit eam apprehendisse significandi causa, se rem manu capiendo suam facere, quamquam plerumque, ut suspicari possumus, quotiens res id fieri admittebat, emptor rem emptam illico tradendam sibi curabat. Dominus vero fiebat ipso mancipio, nec erat necesse traditio sequeretur. Nam res a magistratu adjudicata vel apud eum in jure cessa alicui statim traditione non interveniente hujus fiebat, quanto magis ea, quae quum addiceretur a magistratu, coram ipso populo vendebatur et addicebatur?

§ 8.

Actum hunc civilem, quo res praedae populi factae singulis hominibus venditione sub hasta alienabantur, deinde homines privati in negotiis inter se gerendis imitati sunt emptionem venditionem rerum mancipii testibus civibus Romanis, qui populi comitiorumque quasi effigies parvas adumbrarent, adhibitis et libripende, qui libram tenens pretium appenderet, solenni ritu peragentes. Numerus testium principio forsitan, quo numerus curiarum in comitiis suffragia ferentium efficeretur, triginta fuit, dum a Servio Tullio rege populo in classes diviso quinque testes sufficere visum est. Negotio huic mancipii nomen inditum essse, tum origo ipsius tum forma, qua gerebatur, declarat.

Mancipium sive mancipatio Gaji tempore, sicut supra adduxi, imaginaria erat venditio, quae, ut Ulpianus in L. 16 de R. J. ait, non est pretio accedente, id est vero pretio: aeris enim particula, quae pretii loco dabatur, pretium efficiebat imaginarium. Et Gaji tempore, sed jam longe antea, multis mancipatio interveniebat negotiis, in quibus venditio tantummodo dicis gratia fiebat, pretium non dabatur, quum id agerent, ut verum pretium nullum solveretur. In his igitur causis venditio necessario ab initio fuit imaginaria. Nam quum causa, ex qua res mancipio dabatur,

permutatio forte esset vel dotis constitutio donatiove, vel quum femina coemptionem faceret, plerumque etiam in filiisfamilias mancipandis verum pretium non intercedere ipsa negotii natura postulabat. Verum etiam quum causa, quae suberat mancipationi, vera esset emptio venditio, ipsa mancipatio Gaji tempore imaginaria erat. Num fuit imaginaria venditio ab initio? Id quidem non puto. In publica praedae sub hasta venditione, cui semper vera emptionis venditionis causa suberat, verum pretium, principio praesertim, statim appensum esse persuasum mihi habeo, idemque usurpatum esse a privatis hominibus res mancipi hoc modo inter se transferentibus. Causa, ut opinor, quam ob causam mancipatio sensim sensimque imaginaria facta est emptio venditio jam iis temporibus, quibus aerea pecunia utebantur, inprimis haec fuit. Postquam haec mancipationis solennitas nata est, desiderabatur, ut etiam si alia ex causa praeter veram emptionem venditionem dominium transferendum esset, hac via, hoc actu maxime civili fieri id liceret. Quocirca, cui forte ex causa permutationis, solutionis, donationis, transactionis alia res mancipi transferenda erat, is eodem ritu manu rem capiens emptam sibi esse dicebat libra et aere, quae quidem hujusmodi causis symbolice interveniebant ad imitationem illius verae venditionis. Poterat autem mancipio accipiens profiteri rem sibi esse emptam, quum emendi verbo, Festo auctore, [16]) apud antiquos Romanos nihil aliud significaretur, quam sumere vel accipere, quam notionem etiam nunc cernimus in verbis compositis, qualia sunt adimere, dirimere, eximere. Particula aeris, qua eum, qui accipiebat, libram percussisse constat, etiam in iis mancipationibus, in quibus verum pretium nullum dabatur, usitata erat et necessaria. Indicabatur etenim ea librae percussione negotii gerendi perfectio et absolutio. Oportebat praeterea in actu hoc civili ad mancipationis per aes et libram gestae normam referri et accommodari omnia Tali vero imaginario pretio etiam si vera causa subesset emptionis venditionis, non tantum facilitatis, vero pretio non appendendo testibus praesentibus, verum etiam necessitatis causa uti coeperunt. Nam perinde id, atque in ceteris causis, necessitas postulabat, quotiens id agebant partes, ut pretium non repraesentaretur, sed venditor aut eo nomine satis acciperet aut omnino pretium crederet.

§ 9.

His disputatis videamus, quomodo factum sit, ut in aliis causis praeterquam in servorum jumentorumque dominiis mutandis mancipatione atque in ea aere et libra uterentur. Et primum quidem quod attinet ad liberorum capitum mancipationes, quum in filiosfamilias pater antiquitus idem prope jus eandemque potestatem, atque in servos, haberet, eodem more eos venditos fuisse, mirum videri non potest. Ro-

[16]) Festus s. v. Recemptores — nam antiquitus emere pro accipere ponebatur, s. v. Emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere.

mulus, Dionysio testante (II. 27), traditur patri concessisse usque ad tertiam venditionem ex filio quaestum facere, idque retentum est lege decemvirali, in cujus quarta tabula haec verba scripta feruntur: „Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto.“ Nec dubito quin eo tempore licuerit patri, filium trans Tiberim in veram servitutem vendere: hoc tamen jus moribus reprobatum in usu retentum non est. Si vero civi Romano mancipabatur filiusfamilias, venditione hac ei nec libertas adimebatur, nec ingenuitas, sed tamen servi loco habebatur dicebaturque in mancipio sive causa mancipii esse, propterea quod mancipio in eam causam pervenerat, nec ullo alio modo, in jure cessione hic locum non habente, pervenire poterat. Hae filiorum mancipationes quum olim verae venditionis causa fierent, postea aut non omnino aut raro eo nitebantur. Plerumque enim filius aut ex noxali causa, damni, quod dederat, sarciendi causa, mancipabatur, aut dicis gratia, idque tum emancipationis tum adoptionis ergo. In his omnibus causis ex intentione partium praeter pretium illud imaginarium nullum dabatur.

Filiorum igitur mancipationibus constat antiquitus veram venditionem non modo subesse potuisse, verum saepenumero, initio fere semper, subfuisse. Quod non similiter videtur existimandum esse in ea mancipatione, per quam uxor in mariti manum conveniebat fiebatque materfamilias, qualis non habebatur, nisi quae in manum convenisset, maxime si coemptione id factum esset. Non enim legimus hanc mancipationem unquam emptionem fuisse veram. Fortasse nec fuit apud ipsos Romanos. Fuit vero apud alias gentes ex eadem stirpe Indogermanorum oriundas, velut apud Graecos, Germanos, Sarmatas veteres, atque eam ob causam puto Romanos, si non vero, saltem imaginario pretio uxores suas emere solitas fuisse. Et serius introducta videtur ad speciem mancipationis filiorum (uxor coemptione filiae locum nanciscebatur) usurpata, quum patricii homines, qui diversa forma in manum conveniendi, confarreatione scilicet, utebantur, illam coemptionis formam antiquitus adhibuisse non videantur.

Jam de mancipatione praediorum servitutumque praediorum rusticorum dicendum erit. Sunt, qui putent, antiquissimis temporibus singulos cives Romanos nihil in solo proprium suum habuisse, omnia fuisse publica. Huic Niebuhrii opinioni quum alii, tum Puchta in instit. § 40 assentitur, Huschkius in libro de instit. Servii Tullii (p. 77) prorsus falsam judicat. De re tam veteri, quum nec testimoniis veterum auctorum satis dilucidis atque idoneis uti liceat, certum quidquam statui nequit. Agri bello capti fere semper solam possessionem privis hominibus concessam esse, aetatis recentioris historia comprabatur. Inde conjectura capi posse videtur, simile quid observatum esse in ipsis civitatis Romanorum primordiis, quum praesertim bello captum primum solum reperiatur. Attamen arbitror, quum forma non fierent domini privati, re tamen et facto sensim paulatimque quasi dominium in praediis esse constitutum, quum usu et consuetudine opinio invaluisset existimantium, agri cuique concessi possessionem jus esse et ad heredes suos transferendi et alienandi, saltem gentilibus.

Verum ea possessio agri publici non tantum nomine, sed etiam re ipsa a dominio vere privato differebat, propterea quod tanquam precario concessam respublica quolibet tempore reposcere poterat. Quum igitur facti magis esset, quam juris, ideo et primum constituenda et transferenda non requirebat actionem proprie civilem, sed occupatione comparata usu tenebatur, usucapione, quamvis per longissimum tempus esset possessio continuata, prorsus exclusa. Haec ratio nec statim mutata est, quum Ramnibus bellicosis Quirites accessissent, sed populi ager haberi continuavit usque ad Anci gentem in civitatem receptam. Quae quoniam pars non erat ipsius populi Romani, quum nec particeps agri publici esse posse videretur, eam ob causam privatus ei est ager concessus non tam late patens, quam patriciorum ager publicus. Quod fiebat aut assignatione aut venditione a magistratu procurata. Ea venditio ad speciem illius paulo antiquioris venditionis mancipiorum directa est; nec sine causa, quia ipse ager bello occupatus, manu captus ex hostibus res praedae ipse erat, ut servi, equi, boves, muli, asini. Itaque rei natura postulare videbatur, ut ipsi, quemadmodum res se moventes mancipi, mancipatione a populo alienati in singulorum dominium cederent. Eodem igitur ritu observato magistratus addictione dominium vere privatum, cognitum eousqe tantum in rebus mobilibus, emptor nanciscebatur. In hoc vero negotio illud, in quo mancipio consistebat, ex quo proprium suum vocabulum sumpserat, quod oportebat emptorem manu rem capere, fieri non poterat. Et differentia intercedebat inter praediorum et hominum rerumque se moventium mancipationes, quia res immobiles absentes et diversis in locis sitae et plures simul mancipari poterant, ceterae non item. Sed haud obscure indicat Gajus antiquitus aliud obtinuisse dicens s o l e r e praedia absentia mancipari. Quid autem apprehensioni personae et rei mancipi se moventis in praediis substitutum fuerit, de ea re conjecturam capere possumus ex eorundem vindicatione. Nam quum is, qui aut hominem aut rem mobilem vindicabat, ipsam, vel si talis esset, quae sine incommodo in jus afferri adducive non posset, partem inde sumptam apprehenderet eique festucam imponeret, si fundus vindicabatur, antiquissimis temperibus praetor una cum partibus eum adibat, ut in praesentia res perageretur: postea glebam ex fundo, ex aedibus tegulam sumptam in jus afferrebant. Num igitur putabimus eandem fuisse consuetudinem in praediis assignandis vendendisque a magistratu populi Romani procuratis? Ita propemodum videtur. Tum censendum erit formam priori vindicationis formae similem principio usitatam fuisse ideoque magistratum cum emptore, cum testibus et libripende praedium mancipandum adiisse, ut ibi mancipatio perageretur. Quod etsi magna incommoda habuisse videatur, tamen considerantibus eadem in vindicatione rerum immobilium reperiri veri videtur non esse dissimile. Verumtamen quod actus in praesentia fiebat, eo nondum ad mancipionis normam erat accommodata: apprehensio rei desiderebatur. Quae quemadmodum adumbrata sit, puto colligere nos posse ex loco Festi s. v. Manceps, ubi „Manceps, inquit, dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata

significat, se auctorem emptionis esse." Qui igitur a populo praedium emerat, in mancipatione verba loquens solennia manum tollens apprehensionem rei mancipationi propriam imitabatur. Deinde quum respublica Romanorum valde aucta esset, quum morosior usque videretur accessio ad ipsum agrum, praetermitti coepta est eique aut substituerunt formam vindicationis recentiorem aut manum sublatam per se sufficere crediderunt. Ipsius autem mancipis nomen satis indicio est, eum olim rem, qua de ageretur, manu cepisse, si quidem talis esset, quae capi posset. Haec de venditione agri publice facta. De assignationibus recentiore certe aetate constat lege agraria lata mancipationibus intervenientibus fieri solitas esse. Nec est quod dubitemus, quin jam olim, quum mancipationes in usum venissent, idem fuerit observatum.

Quum ager publicus divisus aut assignaretur aut a quaestore venderetur, saepissime, quo agro suo quisque recte atque ordine uti posset, necesse erat, servitutes, scilicet praediorum rusticorum constituerentur. Qua de causa in ipsa assignatione vel venditione servitutes deducebantur, quod quum fieret eodem actu per aes et libram, ideo evenit, ut etiam jura praediorum rusticorum, non tamen urbanorum, quae praeterea posterius sunt inventa, inter rerum mancipi numerum haberentur.

Eodem modo, quo praedia et jura praediorum rusticorum populi jussu publice alienabantur, deinde etiam inter privatos dominos mutabant. Videtur tamen in privata mancipatione paulatim in desuetudinem abiisse, quod emptorem manum tollere oportebat. Certe scriptores, qui longe posterius floruerunt, Gajus et Ulpianus, necesse hoc fuisse non dicunt.

Una restat familia, quae testamento per aes et libram mancipio dabatur. Quae mancipatio, ut supra dixi, inventa est ut forma, qua utentes etiam in pace et otio praeter tempus comitiorum testamentis faciendis destinatorum testamenta facere possent. Et sine dubio serius in usum venit, quam ceterae mancipationes, propterea tum quod res mancipanda ejusmodi erat, quae mancipium proprio sensu dictum non admitteret, tum quod nequaquam verisimile est, in eadem unquam verum pretium praeter raudusculum datum esse, tum vero quod cognita est nobis forma, quae illam praecesserat, ex qua sese, prudentibus adjuvantibus, explicarat.

§ 10.

In origine tum mancipationis tum rerum mancipi indaganda versantibus nobis superest, ut qua ratione cum veteri per libram solvendi et usu et necessitate a compluribus auctoribus tradita connexa fuerit mancipatio scrutemur. Qua de re sic sentio. Mancipatio imaginaria emptio venditio fuisse fertur. Constat autem omnes gentes priscas prima aetate, nondum inventa pecunia, quae quidem re vera ita dici posset quaeque esset rerum omnium natura diversissimarum universa et quasi civilis quaedam mensura, loco emptionum venditionum permutationibus esse usas: ab iis, quae

sunt proprie juris gentium, originem emendi vendendique coepisse Paulus in L. 1 de contrah. empt. recte animadvertit. Quod si ita se res habet, in hoc maxime discrimen inter emptionem venditionem et permutationem vertitur, quod illa solo consensu perficitur, permutatio perfecta non est, nisi res permutandae ultro citroque traditae sint. Sane novissimis liberae reipublicae temporibus, aetate Labeonis, ea pars, quae rem dederat, quum altera nondum dedisset, non modo rem datam condicere poterat, verum etiam praescriptis verbis actione in id experiri, quod adversariam ex bona fide dare facere oporteret. Verum ea actio antiquioribus incognita fuit. Quamobrem oportebat eos utramque rem permutandam simul tradendam curare. Nec mutaverunt rationem hanc in rebus tradendis usitatam, postquam aes verae pecuniae locum obtinere omniumque rerum communem quandam mensuram praebere coepit, et ideo, quum de re emenda et de pretio dando convenissent partes, emptor rem emptam sibi tradendam, venditor pretium appendendum curabat, neque prius, quum consensus nondum appareret, perfectum negotium intelligebatur. Omnes igitur emptiones prorsus aes requirebant pecuniae vicem obtinens, ac raro, quae tum erat rerum conditio, libra utenda supersedebatur. Sed tempora non prorsus postulabant libripendem, qui trutina aes appenderet. Nam quum haud dubie privati homines plurimi trutinam eamque talem, quae probata esset a civitate, haberent, emptor et venditor libripendis in appendendo aere partibus ipsi fungi poterant. Multo minus testes requirebantur, coram quibus res perageretur. Verumtamen in rebus majoris momenti plerumque et libripendem accessisse et testes, quorum memoriae res mandaretur, veri simile mihi videtur. Necessitas vero et libripendis et testium adhibendorum sensim sensimque est introducta in rebus quibusdam acquirendis, iis scilicet, quae mancipi sunt vocatae, quaeque, ut vidimus, eae erant, quas bello sibi comparatas ipse populus hasta justi dominii signo erecta vendebat. Concurrebant in iis plures res, quae effecerunt, ut alienationis forma insignirentur. Primum videbant homines eas simili ritu publice alienari: eo modo acquisitae optimo jure erant acquisitae, quandoquidem, quum earum comparatio ab ipso populo quasi confirmata esset et munita, omnis privati hominis exclusa erat repetitio. Deinde erant res maximi momenti, quum omnino, tum illis praesertim temporibus et hominibus agricolis. Tum, et haec res non parum suasit nostram acquirendi formam, tales erant, quae cognitionem habebant non difficilem testibus. Has enim res si novus dominus vindicaret, iis, quibus praesentibus sibi compararat, recognoscendi facultas erat, quum in aliis rebus, velut in minoribus quadrupedibus, ovibus, capris, suibus acquirendis, quum molestius, ut in rebus levioribus, tum prope inutile fuisset testes adhibere. Et non tantum testimonii causa voluerunt civibus praesentibus rem peragi, verum etiam juris acquisiti confirmandi et tuendi gratia. Eos novus dominus adjutores sibi futuros comparabat in re tuenda, iique opem ad recuperandam rem amissam ferebant. At non tam adjutores privatos sibi comparare voluerunt, quam jus confirmari et muniri tanquam ab ipso populo con-

cessum et probatum, atque ideo, quum ipsum populum adhibere non possent, imaginem invenerunt effigiemque ejusdem in classes quinque divisi. Itaque si quinque testibus civibus praesentibus res ex praeda venumdari solita aere et libra et libripende adhibitis comparata erat, ea tanquam ipso populo confirmante acquisita esse intelligebatur. Has inprimis ob causas mancipationis solennitas in usum venit in rebus mancipii emendis vendendisque. Ex usu et consuetudine, quum firmior usque fieret et stabilior, necessitas, ut fit, juris est facta, ita ut, nisi hoc civili actu (aut certe alio civili, velut in jure cessione), juste legitimeque acquisitae non intelligerentur, nec dominium rei, nisi usucapio accessisset, mutatum esset, pristinus dominus autem ad id tempus impletum rem tanquam non alienatam vindicare posset. Quum eo perventum esset, victum erat in his rebus jus gentium jure civili.

Omnes fere igitur emptiones venditiones, quae quidem non minime essent momenti, in ultima antiquitate (ea tamen, ubi loco pecudum aes factum esset communis rerum mensura) aere et libra accedente factas esse arbitror. Attamen eas tantum, quae testibus praesentibus et libripende adhibito perficiebantur, per aes et libram fieri proprie loquentes homines dicebant. Quodsi aliae res praeter eas, quas mancipi esse antiquitas sanxerat, eadem mancipatione adhibita alienabantur, mancipatio proprios et singulares effectus suos non habebat. Ac postea quum pecunia argentea fere semper utentes nummos adnumerarent, aes es libra in rebus nec mancipi acquirendis adhiberi desierunt, retenta sunt in rebus mancipi, quippe quae acquirendae civilem actionem flagitarent.

§ 11.

His tractatis de mancipationis origine atque usu, partes hujus actus solennis, tum natura atque vis paulo attentius, quam hucusque factum est, considerandae sunt. Et primum quidem de librae percussione jam dictum, ea indicari negotii perfectionem. Hoc tamen non omni ex parte verum est, quum non tam librae percussio, quam aes acceptum ad perfectionem rem deduceret. Ipsum aes, quo libram percutiebant quodque pretii loco dabatur, olim rude fuit et imperfectum, inde raudusculum appellatum. Legimus in mancipationibus solita fuisse verba: „raudusculo libram ferito.“ [17]) Haud dubie libripendis erat, quum mancipio accipiens verba fecisset, nec altera pars contra dixisset, verba haec eloqui, quibus indicaret negotium perfectum esse. Multi, qui de hac re scripserunt, animadvertentes veteres saepenumero de sestertio nummo uno assium quattuor in mancipationibus loqui, in rausculi vel assis locum (nam aere signato assem adhibere soliti sunt) arbitrati sunt sestertium nummum argenteum successisse. [18]) Eam sententiam arguit Huschkius in comment. ad Flav. Syntrophi

[17]) Varro de L. L. V. 163. Festus s. v. Rodus.

[18]) Trekell de testamenti fact. III. § 20. Meermann de rebus manc. et nec manc. p. 175.

instrum. donat. p. 40 affirmatque, sestertium illum ad aliam rem excogitatum esse, scilicet ut lacunam quandam, quae in mancipationibus liberalitatis titulo factis exsisteret, expleret: accessisse eum ad aes mancipationis. Sane in hujusmodi mancipationibus solis scimus sestertium adhibitum esse. Et aeris particula, uti ipsa per aes et libram gesti appellatio satis ostendere videtur, quia Romani, quum mancipatio oriretur, aerea pecunia, quam appendebant, utebantur, idcirco ab ipso actu abesse non potuit, semperque et cum aere libra adhibita est, qua uti non attinuisset, si sestertius nummus argenteus, non pondere, sed numero constans pretii loco datus esset. Et saepe ille sestertius eo quoque tempore, quo quin aere facta sit mancipatio dubium esse non potest, cum mancipatione conjunctus legitur.

De quinque testibus adjici potest, imperatorum temporibus et forsitan longe antea etiam Latinos colonarios et Junianos, item eos peregrinos, quibus commercium concessum esset, mancipationem facere, testes et libripendes esse potuisse. Verum antiquitus in quibusdam mancipationibus videtur non suffecisse, ut testes cives Romanos puberes adhiberentur, sed necesse fuisse primae classis homines essent. Nam classici, Gellio testante, non omnes, qui in classibus erant, sed primae tantum classis homines dicebantur, classicos autem testes Festus refert dictos fuisse, qui signandis testamentis adhiberentur. [19]) Conjicere licet, in ceteris quoque mancipatienibus, iis praesertim, quae majoris essent momenti, classicos testes antiquites adhibitos esse, etsi necesse id non erat.

Libripendem principio ex patriciorum tribubus, deinde ex prima classe sumptum velut magistratus partibus in appendendo aere functum esse Hugo in hist. jur. Rom. (p. 213) et Huschkius in libro de instit. Servii Tullii (p. 272) probabiliter conjecerunt. Is enim ceteris testibus dignitate antecellere debebat, cujus ab officio universum negotium per aes et libram gesti nomen sortitum est. Unde in instrumentis mancipationum ad nos perlatis ejus potissimum nomen relatum invenitur. Certissima autem videtur hominum doctorum conjectura in iis, quae ab ipso populo instituebantur, mancipationibus.

Ad testes quinque et libripendem legimus alium accessisse, quem mancipio accipiens, vellicata auricula, quae memoriae sedes esse credebatur, tanquam testem interrogaret, num omnia recte conficerentur. Is tamen, qui antestatus appellabatur, nec necessarius fuisse videtur, quum Gajus et Ulpianus ejus mentionem non faciant, nec mancipationis proprius erat, quum in aliis quoque, praesertim in jus vocatione, occurreret. Walchius in libello de antestato in mancipationibus (p. 12) conjicit, in praediis in absentia mancipandis homines si non necessarium, utile saltem existimasse, aliquem, qui praedium bene nosset, sibi tanquam arbitrum constituere, qui quid vere mancipatum et lege mancipii comprehensum esset, si de ea re inter mancipio dantem

[19]) Gell. VII. 13. Festus s. v. Classici testes.

et accipientem dubitaretur, definire posset. Et sane in omnibus, quae exstant, antestationis exemplis in mancipationibus in absentia mancipatio fiebat.

Verba, quae emptorem locutum accipimus, solennia erant atque certa, diversa tamen pro genere juris, quod mancipatione nacturus erat. In omnibus actionibus civilibus animadvertere licet Romanos usos fuisse certis quibusdam verbis ab eo usque eloquendis, cujus in negotio utilitas verteretur, vel qui inde jus sibi assumeret. Quapropter in mancipatione emptor tum rem mancipandam suam esse praedicabat ex jure Quiritium, tum quo modo sua facta esset, idque, ut videtur, semper modo imperativo. [20]) Certe is rei, quae agebatur, magis conveniebat. Quaestio oritur, num mancipio accipientem, praeterquam quod aere et libra emptam sibi rem ajebat, veram causam mancipaudi, utputa venditionem, permutationem, donationem appellare oportuerit. Id Huschkius nuper defendit, tametsi in formulis, quae paucae nobis servatae sunt, nihil hujusmodi inveniamus. Quum quid statuamus pendeat ex sententia, quam de vi mancipationis amplectamur, inferius rem attingam.

Num haec verba certa et solennia intelligenda sunt in illo XII. tabularum: „Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto?“ et num igitur nuncupatio fuit verborum solennium in nexo mancipioque facta enuntiatio? [21]) Id sequi videtur ex derivatione vocabuli. Nam nuncupare, ut Huschkius probabiliter suspicatur, est nomine capere, simili modo dictum, quo nundinae a novendinis. At in testamento per aes et libram verba, quibus testator testes alloquitur, nuncupationem Gajus et Ulpianus appellant, non ea quae familiae emptor pronuntiat. Et Cicero (de off. III. 16) verbis: „quum ex XII. tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata“ et illum locum XII. tabularum respicit et manifesto legem mancipii intelligit. Quare inprimis lex contractui dicta, in mancipio lex mancipii, quae lex obligationem gignit, ex qua dicta promissaque servare oportet, nuncupandi appellatioe comprehenditur. Sed tamen etiam verba certa nuncupatione continentur.

§ 12.

Mancipationes peragebantur aut rerum mancipi civili ratione transferendarum, aut conditionis liberorum hominum alieno juri subjectorum mutandae causa. In rebus nec mancipi nullam mancipationis vim fuisse supra admonui. Attamen antiquitus, quum discrimen rerum mancipi et nec mancipi nondum satis stabile firmumque esset, eam in his quoque haud raro adhibitam esse suspicari possumus. Videtur autem Plinius major natu indicare, margaritas, quippe res valde pretiosas et aevi perlongi, mancipari solere. Qui (H. N- IX. 35) postquam dixit, unionum nomen maxime

[20]) Legitur tum „emptus esto“ (Gaj. II. 104, III. 167), tum „emptus est“ (Gaj. I. 119. Fragm. Vatic. § 50.) Prior lectio praeferenda videtur.

[21]) *Huschke, Recht des* nexum p. 23 seqq.

grandibus margaritis impositum fuisse, „Et hoc tamen, inquit, aeternae prope possessionis est, sequitur heredem, in mancipatum venit, ut praedium aliquod.“ Haec verba Plinii, tametsi nihil moror quominus de mancipatione intelligam (sunt enim, qui aliter rem explicent), minime probare arbitror uniones res mancipi fuisse eosdemque sola mancipatione acquisitos esse. Mancipatio enim, quamvis in rebus nec mancipi nullius esset momenti nec ad obligationem constituendam nec ad dominium transferendum, tamen traditioni ex justa causa factae accedens non nocebat: quin testibus mancipio accipiens postea uti poterat, quibus tum traditionem, tum negotium justam causam tradendi praebens comprobaret. Etiam in rebus mancipi se moventibus traditionem plerumque, antiquitus vero fere semper cum mancipatione conjunctam fuisse, tametsi necesse hoc non esset, veri est simillimum. Hoc igitur ex loco Plinii discimus, in unionibus — et probabiliter in aliis quoque rebus et pretiosis et diuturnis — transferendis mancipationem ipsius temporibus admodum usitatam fuisse.

In rebus mancipi mancipatio nihil erat aliud, atque in rebus nec mancipi, in jure Justinianeo in omnibus rebus traditio, forma dominii transferendi, tamen insignis propterea quod, ut traditio juris gentium, ita ipsa actus erat omnium maxime civilis. Nuda autem traditio, ut Paulus in L. 31 pr. de acquir. rer. dom. ait, nunquam transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Et similiter Ulpianus (Fragm. XIX. 7) dicit, rerum nec mancipi dominia ipsa traditione apprehendi, si ex justa causa traditae sint. Etenim traditio per se res facti, non juris est, quum non tantum dominii mutandi causa, verum permultis aliis ex causis, velut ad custodiendum, commodandum, pignus constituendum res tradantur. Justa causa tradendi posita est in voluntate partium ad rem alienandam acquirendamque consentientium. Qui consensus deficiens efficit, ut rei traditae apud priorem dominum dominium maneat. Diversae sunt causae dominii per traditionem transferendi, venditio, permutatio, solutio, mutui datio, transactio, dotis constitutio, donatio aliae. Omnes hujusmodi causae tradendi — praeter mutui dationem, quae natura sua utique in rebus nec mancipi versatur — etiam causae erant, ex quibus res manciparentur. Sed quaeritur, num necesse fuerit talem justam causam subesse, ut valeret mancipatio. In mancipatione non similiter, atque in traditionibus, quaeri poterat, qua intentione quove consilio perageretur, quum in rebus semper fieret dominii jurisve transferendi causa. Licet enim res manciparetur, ut tutius apud amicum esset, vel mancipio accipiens ea per certum tempus uteretur, vel quasi pignoris loco haberet, nihilo minus dominium transferebatur. Quapropter causa mancipandi quaerenda non erat, nec Ulpianus, qui in loco modo adducto in traditione ad dominium acquirendum justam causam requirit, ubi de mancipatione agit, de causa loquitur. Quid? si vera causa nulla subesset, tamenne mancipatio effectum suum dominii transferendi habebat? Et si ex causa venditionis re mancipata pretium nec solutum nec creditum nec satis eo nomine datum esset, num haec res

efficiebat, ut dominium non statim ipsa mancipatione transiret? Constat enim venditas res et traditas non aliter emptori acquiri, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato, idque in constitutionibus (II. 1, § 41) caveri dicitur ex lege XII. tabularum. Juris prudentes autem statuerunt, etiam si venditor fidem emptoris secutus fuerit, rem emptoris fieri. Illa XII. tabularum vulgaris interpretum opinio ad mancipationem atque in jure cessionem referre non dubitat, quum praesertim permulti prorsus negent, illis temporibus solius traditionis, quamvis justa ex causa factae, eam vim fuisse, ut nisi accedente usucapione ad dominium rerum nec mancipi comparandum sufficeret.

In Gaji institutionibus sententia hoc loco instit. Justin. expressa non invenitur, id quod fortasse lacunae, forte in lib. II. § 20 aut lib. III. § 141, attribuendum est. At complures alii loci eandem continent, quorum praeter Theophili paraphrasin ad legem decemviralem, quae eam sanxerit, nullus provocat. Ea res pluribus ansam dedit, ut XII. tabulas tale quid continuisse negarent: inventam esse regulam a juris consultis observantibus eam naturali aequitati et juri gentium consentaneam esse. Itaque Otto in comment. instit. II. § 41 putat regula nostra principium vetus generale expressum esse, secundum quod omnem alienationem per aes et libram (id institutiones vertisse pretio soluto) effici oporteret. Et Puchta in cursu instit. II. § 241 not. f. sententiam XII. tabulis sancitam non esse ratus legem forte fuisse autumat, quae loquens de mancipatione vim hujus actus solennis ex ea re pendere jussisset, ut ad solutionem imaginariam raudusculo dato effectam vera solutio aut satisfactio accederet. Nonnihil adjuvatur illa opinio in ipsis XII. tabulis regulam, de qua agitur, comprehensam non fuisse existimantium, quod lectio „ex lege XII. tabularum" in codicibus institutionum longe pluribus praevalet, ita ut doctrina jure consultorum ex mente legis usurpata esse videatur. Sed praepositionem ex saepissime abundare, Schraderus ad h. l. admonet. Atque quum testimonio legitimo caveri id ex lege XII. tabularum perhibeatur, quumque Theophili interpretatio expresse ipsi legi sententiam adscribat,[22]) omnis mihi videtur removenda esse dubitatio.

Verumtamen etsi XII. tabulas de rerum venditarum dominio, nisi soluto pretio aut satisfactione alia consecuta, non transferendo aliquid statuisse censere oportet, quum ipsis verbis legis desideratis in Justiniani institutionibus veteres actiones civiles, ut mancipationem et in jure cessionem, silentio praetereuntibus relationem tantum habeamus, nihil prohibere videtur, quominus non solum de traditione, verum etiam de mancipatione et in jure cessione ipsam legem sensisse vel locutam esse arbitremur. Quam sententiam modo dixi vulgarem esse. Mihi recta non videtur: puto legem solam traditionem, non civiles actiones respexisse. Primum enim animadverto istam legi suppositam sententiam aperte pugnare cum regula juris civilis certissima,

[22]) Theoph. ad h. l. — *τοῦτο δὲ καὶ τῷ δυωδεκαδέλτῳ διηγόρευται νόμῳ* —.

actus legitimos, qui non recipiant diem vel conditionem, velut mancipationem, in totum vitiari per temporis vel conditionis adjectionem. [23]) Adjiciebatur enim conditio vel dies, si dominium rei mancipatae non statim ipso actu legitimo transferretur, verum usque ad pretii solutionem apud venditorem remaneret. [24]) Nec dicere licet, conditionem hanc tacite adjectam ejusmodi esse, quae, ut ait Papinianus, aperte comprehensa vitium afferat, tacite inserta inutilem actum non efficiat, quum id spectet ad rem longe diversam, sicut exemplum ab ipso Papiniano allatum plane docet. Qui exceptionem statuit talem, si acceptum feratur ei, qui sub conditione promiserit, ita demum egisse acceptilationem aliquid, si obligationis conditio exstiterit. Multo minus dices, regulam a jure consultis inventam, veteri juri et tempori XII. tabularum ignotam fuisse. Non fuit jurisperitorum, formarum a majoribus traditarum vim augere, sed potius minuere: elaborarunt, ut materiae negotiorum majore usque reddita potestate formae principatus vinceretur, cujus cum significatione effectus progrediente scientia pari passu dilapsus est et annihilatus. Sed etiam si regulam hanc non haberemus, tamen negarem XII. tabulas de mancipatione venditionis causa facta cavisse id, quod a natura atque vi quum omnium actionum civilium veterum, tum inprimis mancipationis, actus omnium maxime civilis, alienissimum esse judico.

§ 13.

Omnes actus, qui ad jus pertinent, ab iis, qui quum jura neque constituant, nec tollant, nec immutent, nec confirment, in jure nullius momenti sunt, duabus rebus differunt, tum forma externa, qua geruntur, tum materia, qua quo consilio quamve ob causam gerantur, exprimitur. Saepe in negotiis, ut valeant, et formam et materiam concurrere oportet, saepe, qua forma utantur partes nihil refert, saepe vero forma ita praevalet, ut quae re vera in actu insint quaeque sit partium intentio, non inquiratur. Formae auctoritas maxima esse solet in priscis gentibus, dum ne sint omnino rudes atque incultae, ac respublica jam vim auctoritatemque sibi assumpserit et comparaverit. At idem hodie observare licet in nostra Germania, ubi in syngraphis, quae vulgo cambiorum nomine designantur, eximia quaedam formae tribuitur vis et potestas. Apud Romanos pridem (de primordiis nihil dico, quoniam quae fuerit juris conditio ignoramus) permagni formam momenti fuisse constat, idque in plurimis negotiis. Quousque solius formae in civilibus actionibus adhibitae potestas se extenderit, quum veterum testimonia nec satis clare aperteque loquantur, de anti-

[23]) L. 77 de R. J. (Papinianus.) Fragm. Vatic. § 329. — sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur.

[24]) Ipsas XII. tabulas tantum de pretio soluto locutas, prudentum interpretatione reliquas satisfactionis species solutioni exaequatas esse, concludere licet tum ex eo, quod pretii soluti mentio plurimis locis sola habetur, tum quia Julianus in L. 25 § 13 de usufr., si emptor tantum satisfecerit, in pendenti esse dominium affirmat.

quissimis temporibus vix certum quidquam tradere possint, dubium videtur. Equidem affirmare non dubito, actus civiles sua vi ac potestate constitisse sine ulla re, quam forma amplecteretur, sine ulla causa, propter quam adhiberetur, maxime vero per aes et libram gesta, quippe quae coram ipso populo sive testante sive confirmante fieri intelligerentur. Id, ut opinor, conjectura consequi possumus ex loco Gajano, ubi „Saepe accidit, inquit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari, velut si stipulatus sim a te pecuniam, tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim. Nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, quum ex stipulatu tenearis, sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere.“ [24]) Qui locus docet, stipulationem ipsius Gaji tempore solam per se sine ulla causa vim habuisse ad constituendam civilem obligationem, exceptionem tantum doli mali admittit, quam non obscure indicat antiquitus datam non fuisse, sed aut a praetore propositam aut constitutam prudentum interpretatione et auctoritate. Itaque stipulatio omnino, licet sine causa confecta, actionem gignebat civilem, quam olim ne per exceptionem quidem repelli potuisse magnam habet probabilitatem. Quodsi tanta erat vis stipulationum, quanto majore jure iis vindicabimus, quae per aes et libram gerebantur, quum praesertim stipulatio non tam proprie fuerit juris civilis, quam illa, imo apud posteriores certe, excepta sponsione, juris gentium esse et inter cives et peregrinos valere diceretur. Quid sibi voluissent verba certa atque legitima in mancipationis solennibus quasi in comitiis populi Romani a mancipio accipiente aeris et librae tanquam aerea voce consonante pronuntiata: „Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo,“ si postea venditor rem traditam pretium solutum esse negans, quasi nunqum amisso dominio, ex jure Quiritium suam vindicare potuisset? quid illa XII. tabularum: uti lingua nuncupassit, ita jus esto? Qui rem venditam pretio nondum soluto mancipio dederat, si deinde pecunia non solveretur, de se queri debebat. At si non tradidisset, contra vindicationem posterius certe exceptione doli mali se tuebatur. Ea vero exceptio quin hujusmodi in causis jam antiquitus locum habuerit, valde dubitandum est. Ceterum apud antiquissimos Romanos, si venditionis causa res manciparetur, persuasum mihi est fere semper in praesentia testium a libripende pretium appensum fuisse. Quodsi pretium non illico appendebatur, nec antea datum erat, si nec alio modo, velut fidejussore aut pignore dato venditori satisfieret, venditor, ut opinor, curabat, ut nexo emptorem sibi obstringeret, id quod et testibus et libripende tum maxime praesentibus facillime factu erat.

Huschkius, [25]) qui per aes et libram gestis insignem quandam significationem potestatemque tribuit, tamen non dubitat, quin ex causa emptionis mancipatio non

[24]) Gaj. IV. 116. Quinctil. J. O. IV. 2. Satis est dixisse: certam pecuniam peto ex stipulatione: diversae partis expositio est, cur ea non deberetur.

[25]) Flav. Syntr. instr. donat. p. 41. *Recht des Nexum* p. 42.

magis quam traditio, nisi pretium solutum satisve eo nomine datum esset, rem alterius fecerit: nihil enim valere imaginariam causam, nisi vera subsit. Quam ob causam existimat emptorem in mancipatione, quanti rem mercatus esset, expressisse, his fere verbis: eaque res mihi esto empta hoc aere aeneaque libra sestertium centum milibus nummum, et si aliis ex causis mancipandum fuerit, mancipio accipientem ipsam hanc causam appellasse, velut his verbis: eaque res mihi esto empta hoc aere aeneaque libra dotis causa: in donationibus vero similibusque liberalitatis causis praeter causae appellationem adjecisse: sestertio nummo uno assium quattuor. Haec verba, ut alia negotia imaginaria nummo uno facta esse legimus, velut usufructus locationem aut venditionem, in mancipationibus liberalitatis titulo factis adjecta verbis legitimis in omnibus donationum per mancipationem confectarum instrumentis, quae nobis servata sunt, reperimus, [26]) nec Trekellio et Meermanno ceterisque assentior hunc sestertium nummum unum cum asse mancipationis confundentibus, sed potius Huschkio, qui sestertium ad assem accessisse conjicit lacunae cujusdam explendae causa, quae in hujusmodi mancipationibus exsistere videretur. Nec repugno, quominus in ceteris mancipationibus praeter emptionis causa factam mancipio accipiens solitus fuerit causam appellare, nec quominus, si causa erat vera emptio, quanti empta esset res, addiderit, tametsi his de rebus testimonium nullum adsit. [27]) Sed meo judicio minime necesse erat nec pretii mentio, nec causae appellatio, nec in mancipationibus liberalitatis causa factis sestertii nummi unius assium quattuor adjunctio. Ac donationis causam praeter ceteras appellando is, qui mancipio accipiebat, gratum animum testificabatur. Et in iis mancipationibus, quibus vera suberat emptio venditio, pretium saepe expressum esse puto, ut constaret de obligatione, quae re repetita nasceretur.

§ 14.

Haec de genere maucipationis valentis sua vi ac potestate ac sine ulla causa accedente ad effectum suum pervenientis posita si vera sunt, eamque ob causam statuendum est legem XII. tabularum loco memorato de traditione et de ea quidem sola locutam esse, argumentis firmanda est sententia nostra, jam illo tempore et inde ab initio in rebus nec mancipi traditionem ex justa causa factam ad dominium acquirendum suffiecisse. Non me referam ad L. 48 D. de pactis, ubi Ictus „In traditionibus rerum, inquit, quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est." — Quae verba ex Gaji libro tertio ad legem XII. tab. desumpta legimus. Namque non dubito, quin ipse Gajus scripserit: In mancipationibus rerum mancipi rel., quoniam ex Fragm.

[26]) Morem hunc testatur etiam Justinianus in L. 37 C. de donat.: verba superflua, quae in donationibus poni solebant, scilicet sestertii nummi unius assium quattuor, penitus esse rejicienda censemus.

[27]) Huschkius quidem nititur verbis Pauli Fragm. Vat. § 59 item in mancipationibus: emptus mihi est pretio, deducto usufructu.

Vatic. § 47 collata cum § 50 colligere possumus, de traditionibus in in XII. tabulis cautum non esse nec valuisse. [28]) Nec magnopere nitor loco Festi s. v. „Sub vos placo in precibus quum dicitur, significat id quod supplico, ut in legibus: Transquedato endoque plorato," quae verba J. Gothofredus, assentiente Dirksenio, ex XII. tabulis et diversis earum locis sumpta esse opinatur, quia etiamsi certum esset, verbum transquedato in lege illa fuisse, tamen non constaret ad dominium rei venditae et traditae acquirendum pertinuisse. Dirksenius suspicatur verbum hoc fuisse in lege de poena perduellis, qua, ut ex L. 3 pr. D. ad Leg. Jul. majest. sequi videtur, cautum erat, eum, qui civem hosti tradidisset, capite puniri.

Constat apud Romanos ultimis liberae recipublicae temporibus res mancipi acquirendas civilem actionem, eaque deficiente usucapionem traditioni accedentem postulasse, in nec mancipi vero rebus traditionem, quae juris gentium est, ad rerum dominia mutanda satis fuisse. Reputantibus nobis utrum jam primis liberae reipublicae saeculis regumque temporibus idem fuerit observatum, an aut solae civiles rerum comparationes valuerint aut aliquando naturales in omnibus rebus suffecerint, veterum res antiquissimas parum inquirentium testimonia, quibus in alterutram partem uti liceat, paene nulla adsunt neque, quae adsunt, ejusmodi, quibus rem decidere possimus. Qua de causa mirari non licet, quod diversissime doctorum hominum ingenia rem explicaverint. Probatio paene est desperanda, hoc quaeritur, quae sit sententia probabilior. Jam primum omnium inter omnes satis constat, jus gentium sive naturale vetustius esse, proditum rerum natura cum ipso genere humano, jus civile natum esse cum civitatibus atque legibus. Hinc apparet, ante civitatem aliquam constitutam homines in ea regione jure naturali agentes in rerum dominiis acquirendis naturali ratione usos fuisse, civiles formas non uno tempore, sed sensim sensimque introductas esse videri pari passu cum civitatis institutis, cum legum dignitate magistratuumque auctoritate. Quid autem de priscis Romanis statuendum est? Ipsa Romanae civitatis origo varie traditur. Si verum est, conditam eam esse quasi a subita hominum colluvione e finitimis gentibus collecta, tamen ea res non prorsus magnam verisimilitudinem affert sententiae eorum, qui formarum proprie civilium magnam olim et vim et usum fuisse animadvertentes omnia hominum privorum jura a reipublicae auctoritate profecta, totumque jus civile sive privatum a civitate fundatum ejusque potentia demum progredientibus saeculis explicatum solutumque esse affirmant. Omni id historiae rationi contrarium esset docentis jus privatum quaeque ex ea proficiscuntur

[28]) § 47: In re nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, neque in homine, si peregrino tradatur: civili enim actione constitui potest, non traditione, quae juris gentium est. Cf. § 50: Pomponius putat ad certum tempus deduci (usumfructum sc.) nec per in jure cessionem, nec per mancipationem, sed tantum transferri cum posse. Ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in jure cessionem lex XII. tab. confirmant. — Per mancipationem constitui ususfructus non poterat, nihilominus poterat deduci, quia, quod lingua in mancipio faciendo nuncupasset, lex ratum esse jusserat. Per traditionem ususfructus, ut res incorporalis, constitui non poterat, sed ne deduci quidem poterat, quia lex id ratum esse non jusserat.

privatorum vi et efficientia constitui, dum respublica majorem usque sibi assumens auctoritatem magis magisque subegerit viceritque singulorum hominum voluntates.

Qui in altera parte stantes omnibus rebus recte acquirendis civilem solennemque formam vindicant, partim mancipationem antiquitus ad omnes res pertinuisse contendunt, partim per in jure cessionem omnium rerum dominia initio mutari oportuisse affirmant, accessisse deinde in rebus mancipi mancipationem, nec mancipi rebus etiam tum in jure cessionem postulantibus, dum temporum decursu sive usu sive lege introductum sit traditionem suffecisse. De mancipationis usu latius patente, quem nonnulli vetustati assumunt, jam supra dictum est, causam non inveniri, cur, quae res antea mancipari solitae fuerint et debuerint, postea ne potuerint quidem mancipari. Quid vero dicemus de in jure cessione, quam lege XII. tabularum confirmatam vetustam admodum esse negari non potest? Eam formam solennem, adhibitu difficilem et molestam adversarii dicunt inveniri non potuisse, si eodem tempore traditio eandem habuisset dominii tranferendi potestatem. Gajus sane (II. 25) tradit plerumque et fere semper mancipationibus uti Romanos: quod enim ipsi praesentibus amicis agere possent, id necesse non esse cum majore difficultate apud praetorem aut praesidem provinciae quaerere. Sane fuit difficilior, quam traditio, sed quin apud priscos Romanos major fuerit in jure cessionis, quam mancipationis difficultas, dubito. Equidem de ratione inter in jure cessionem ex una parte et ex altera mancipationem et traditionem intercedente sic sentio. Traditio, ut acquisitio juris gentium, prima fuit. Invaluit autem, forsitan pridem admodum, res ex hostibus captas reipublicae acquisitas, quae et maximi erant momenti et cognitionem habebant non difficilem, ritu ei, quo publice venumdabantur, simili, mancipio testibus, qui comitia adumbrarent, praesentibus alienari. Postea alia forma civilis desiderata est in iis adhibenda, quae etsi fortasse nonnunquuam mancipabantur, proprie tamen credebantur non recipere mancipationem, maxime in rebus incorporalibus, quarum tantum jura praediorum rusticorum ad speciem rerum corporalium proxime accedentia mancipari solebant. Eum actum, ut res dubitationem non admitteret, potissimum in jure apud magistratum peragi voluerunt: imitati sunt mancipationis formam, praeterquam quod nec aes et libra nec testes adhibebantur, quorum vicem scilicet magistratus obtinebat. Itaque rem acquisiturus tenens eam, ut in mancipatione, „Hanc ego rem, inquiebat, ex jure Quiritium meam esse ajo." Qui postquam ita vindicaverat, praetor eum, qui cedebat, interrogabat, an contra vindicaret. Quo negante aut tacente illi rem addicendo perfectionem negotio dabat, sicut in mancipatione libripens indicabat verbis „rauduscuolo libram ferito." [29])

Progressione reipublicae Romanae quum et majorem haberet in jure cessio difficultatem, et magistratibus rebus parvis molestiam non coacti afferre nollent, in rebus

[29]) Eodem jure, quo lis symbolica dicitur in jure cessio, mancipatio quoque dici potest. Quod juris consulti de vindicatione loquntur, nihil ad rem facit, quoniam vindicare (vim dicere) rem nihil est aliud, atque rem sibi assumere. Quodsi lis fuerit, oportuit eum, qui cedebat, contra vindicare.

mancipi fere semper, ut Gajus dicit, mancipatione, in rebus nec mancipi non facile in jure cessione utebantur, praeterquam in rebus incorporalibus traditionem non recipientibus, forsitan etiam in rebus oppido pretiosis, velut gemmis, margaritis, vestibus sericis aliis ejus generis rebus. In rebus nec pretiosis nec diuturnis puto in jure cessionem usitatam nunquam fuisse (nam id natura rerum omni lege valentior non patiebatur) persuasum mihi est, quamquam quominus ea homines scrupulosiores et nimium diligentes interdum usi sint, non repugno. Nec ullam rem arbitror movere nos, ut traditionis effectum res nec mancipi transferendi negemus. Plurimi ad locum quendam Gaji (II. 40) se referunt dicentis, olim populum Romanum eodem usum fuisse jure, quo peregrinos unum habentes dominium ex jure Quiritium: postea divisionem accepisse dominium, ut alius posset esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Quibus consideratis contrariam magnopere sustentari sententiam non existimo. Hoc enim, non plus, Gajus mihi indicare videtur, olim eum, qui rem mancipi traditione tantum sibi comparasset, a praetore nondum adjutum fuisse in re vindicanda, nec tutum doli exceptione adversus auctorem ut dominum ex jure Quiritium rem vindicantem. Attamen non prorsus crederem eum, qui rem nec mancipi traditione sibi acquisierat, ex jure Quiritum eandem vindicare potuisse, tametsi vindicare eum potuisse persuasum mihi habeo. Jure Quiritium enim, ut opinor, illud jus designabatur, quod populi reive publicae quasi confirmatum et munitum esset auctoritate, quippe comparatum per aes et libram, in jure cessione, censu, confarreatione, adjudicatione, usucapione. [30])

Puchta adversariam amplexus sententiam, homines privatos initio res sibi quemque comparasse ex bello captas addictione magistratus autumat, quum aut imperator res praedae inter milites distribueret, aut quaestor singulis venderet: eas res deinde inter privatos dominos mutasse in jure cessione, quae et ipsa esset addictio magistratus, quum ex mente veteris jnris utique solennis acquirendi modus posceretur: postea accessisse actum privatum, mancipationem, quo faciliori ritu res mancipi compararentur: mancipationis enim usu in rebus mancipi supervacaneam redditam esse in jure cessionem cum majore conjunctam difficultate: tandem etiam res mancipationem non admittentes solutas esse necessitate in jure cessionis. Ex Puchtae sententia singularia profecto fuerunt hominum Romanorum ingenia, qui censuerint agros, quamvis magnos, domusque optimas privato posse actu comparari, aratra, crates, palas non item, qui homines, equos, boves per mancipationem suos facere non dubitarint, oves vero, capras, sues (ne dicam de anseribus, columbis, gallinis), nisi a praetore addictas recte atque ordine acquisitas esse non existimaverint. Sane ridiculum paene fuisset, si res nec mancipi, illis temporibus omnes fere minimae et levissimae, in jure cedi, a praetore addici solitae fuissent.

[30]) *Ihering, Geist des röm. Rechts* p. 214. Iheringius suspicatur, de iis, quae jure civili septa et quasi a populo confirmata essent, centumviros judicasse. Quae sententia non parum sustentatur loco apud Cic. de orat I. 38.

§ 15.

Superest, ut de nuncupatione dispiciamus. Quae in mancipio faciendo lingua nuncupasset, rata esse jusserat lex XII. tabularum. Verumtamen non prorsus quidquid libebat, nuncupando adjici poterat, ut jus ratumque esset. Primum enim oportebat, quae nuncuparentur, non pugnare cum ipso mancipio, quemadmodum pugnasset dies conditiove adjecta. Deinde plura prohibebat publica quaedam ratio, velut quominus novo domino alienandi potestas adimeretur jusque ejus alio modo nimium restringeretur, quum ex indole juris Romani, veteris praesertim, talia pacta dominii naturae adversaria nullius momenti essent. Quas leges contractui dici licebat, eae tum mancipio dantis, tum accipientis gratia adjungebantur, accipientis exempli causa fundum optimum maximumque esse, servum cum peculio venire, viam, actum, iter, aquaeductum praestitum iri, mancipio dantis veluti fundum mancipari deducto usufructu, recepta servitute, detracto loco sepulchri, vel haec lex venditionis, si quid sacri vel religiosi vel publici esset, ejus nihil veniisse. In his, quas nominavi, legibus aut jus aliquod in mancipatione deducebatur emptori, aut amplius jus meliusque definiebatur. Alia vero nuncupabantur eo, ut, qui mancipio accipiebat, obligationis vinculo obstringeretur. Harum legum et frequentissima et gravissima fiducia erat, qua ad remancipandam rem sibi mancipatam obligabatur. Fiducia, ut Christiansenius in hist. jur. p. 158 seqq. demonstrat, variis ex causis fieri poterat et fiebat, velut quasi pignoris jure cum creditore promittente, si pecunia debita persoluta esset, se rem mancipio suam factam remancipare, vel eo consilio, ut tutius res domo profecturi aliisve rebus impediti hominis apud amicum esset, vel eo, ut mancipio accipiens re mancipata ad certum tempus certave in re uteretur, sive gratis sive mercede constituta. Multa igitur negotia hoc modo per aes et libram peragi licebat, quoniam effectum si quaerimus fiducia contracta pignora constituebant, deponebant, commodabant, locabant. Oportebat vero rem, qua de ageretur, ejusmodi esse, quae mancipationem reciperet. Quodsi res nec mancipi esset, in jure cessione opus erat. Nam per eam quoque, quum tantundem, quantum mancipatio valeret, fiducia contrahi poterat, eaque res, ut suspicor, non parum hujus legis actionis usum suadebat, quum praesertim traditio, de qua lex XII. tabularum non jusserat ratum esse, quod lingua nuncupasset, ad fiduciam contrahendam non sufficeret. Huschkius sane in ephemerid. jurispr. hist. XIV. p. 243 fiduciae causa conjicit etiam res nec mancipi mancipari potuisse. Sed vereor, ne subtilior sit viri doctissimi argumentatio. Quod Gajus (II. 59) dixerit, qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in jure cesserit rel., nec de rebus m a n c i p i mancipio dandis locutus sit, hoc magno adjumento non esse Huschkii opinioni duco.

Qui fiduciam accipiebat (nam et ipsa res fiducia dicebatur), quoniam rem suam

esse ex jure Quiritium praedicabat, utique dominus fiebat, eamque ob causam vindicatione ei, qui dederat, adempta actio fiduciae comparata erat, judicium bonae fidei.

Quaeritur, cujus fuerit legem mancipii dicere, ejusve, qui mancipio accipiebat, an ejus, qui dabat? Si forte fundus deducto usufructu mancipandus erat, legimus mancipio accipientem ita locutum esse: „Hunc ego fundum ex jure Quiritium meum esse ajo deducto usufructu.“ [31]) Sed tamen putarem eum quoque, qui dabat, ea, quibus mancipium definiretur, nuncupavisse, maxime si ipsius commodo adjungerentur, sicut ea, quibus alter obligaretur. Qua de causa in fiducia contrahenda puto eum, qui dabat, legem fiduciae dixisse, velut his verbis: „Hanc ego rem tibi fiduciae causa mancipio do ea lege, ut mihi remancipes ita, uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusque siem. [32])

De obligationibus ex mancipatione oriundis alio loco, expositis iis, quae de nexi obligatione sentio, dicere institui. Jam ipsum nexum considerabimus.

§ 16.

Admonui supra, nonnullos auctores veteres omnia per aes et libram acta nexa appellasse, eos plurimos nostrum secutos fuisse, statuique nexum recte dici non posse, nisi per aes et libram contracta obligatio inveniretur. Jam instituenti adumbrare et, si potuero, explicare nexum eadem mihi via utendum visum est, qua in mancipio explorando, ut ab iis, quae alia magis, alia minus certa explorataque reperirentur, ad illa transirem, quae vetustate occulta involutaque laterent. Regula est juris Romani, eodem genere quidque dissolvi, quo colligatum sit, ideoque obligationem re contractam re solvi, verborum obligationem verbis, nudi consensus obligationem contrario consensu tolli. Et generaliter Paulus ait: „Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur.“ [33]) Hoc non ideo dicitur, quasi contraria forma adhibeatur, quod quidem natura rerum refragante fieri nequit, sed idcirco verum est, quod, quae insunt in negotiis, ea in contrarium concipiuntur, quod, quae in contrahenda obligatione affirmata sunt, in liberatione negantur. Atque ea quidem, quae forma sua maxime constant, simili vel certe ejusmodi, quae paribus viribus effectuque praedita sit, forma tollantur necesse est. Quae quum ita sint, liberatione cognita facultas erit ipsam cognoscere obligationem, cujus fiat liberatio.

Nexum per aes et libram gestum esse constat. Eodem modo, imaginaria solutione per aes et libram, quasdam obligationes sublatas esse, Gajus (III. 173—175) nobis est auctor. Quae res eodem fere ritu, quo mancipatio, peragebatur. Praesentibus civibus Romanis quinque testibus et libripende is, qui liberatur, certa quaedam

[31]) Fragm. Vatic § 50.
[32]) Cic. de off. III. 17.
[33]) L. 153 de R. J. L. 35 eod. L. 80 de solut. Gaj. IV. 119.

verba locutus aere libram percutit idque aes dat alteri parti, non pretii loco, ut in mancipiis, sed tanquam solvendi causa. Hac imaginaria solutione per aes et libram Gaji tempore utebantur tum in eo, quod per aes et libram gestum erat, tum in eo, quod ex judicati causa, tum etiam in eo tollendo, quod ex legato per damnationem relicto debebatur. Quae quidem obligationes licet diversis ex causis profectae esse videantur, tamen in liberatione similis formula, ut videtur, usitata erat. Quamobrem fere necesse est cognationem inter eas intercessisse, quae quidem alia jam esse non potest, quam quod eadem natura eademque earum potestas fuerit. Et legati quidem illius in hoc praecipua posita erat potestas, quod in testamento, ut antiquissimo tempore coram ipso populo condito ab eoque, ut videtur, confirmato, ita serius coram civibus populi vice fungentibus facto, scriptum erat: Heres meus Stichum servum dare damnas esto. Nam quod Gajus et Ulpianus scribunt, etiam si dato, facito, dare jubeo scriptum esset, tamen esse per damnationem legatum, hoc procul dubio olim, ut ipsa legati appellatio clamat, ita non fuit,[34]) nec in hac causa omnia eadem fuisse suspicor, atque si veteri forma usus fuisset testator. Itaque per damnationem legato relicto, heres perinde erat obligatus, ac si damnatus esset. Poterat autem testator ita heredem obligare, ut damnatus esset. Nam lex XII. tabularum non modo generatim, quod in mancipio faciendo (et erat species mancipationis familiae venditio) lingua nuncupasset, verum etiam specialiter, quod paterfamilias super pecunia tutelave suae rei legasset, ratum esse jusserat. Erant igitur heres testamento dare damnas jussus et debitor jure judicatus re pari obstricti: ille condemnatus erat lege ita jus esse jubente, hic judicis a populo delegati lata sententia. Et quoniam eae obligationes illa imaginaria solutione per aes et libram tollebantur, liberatio haec efficiebat, ut qui fuerat, jam damnatus non esset. Quae omnia si animo colligimus, quum eadem solutione per aes et libram id quoque, quod praeter testamenti causam per aes et libram gestum erat, tolleretur, eum quoque, qui aere et libra esset obligatus, si quum debuisset, se non liberasset, in eadem fuisse causa, atque damnatum vel judicatum, dicemus.

Haec, de qua Gajus loquitur, imaginaria solutio per aes et libram, alia non erat, atque nexi liberatio ab Aelio Gallo apud Festum s. v. Nexum sic appellata. Hoc in dubium vocare non oportuit. Nexi liberatio etenim, quoniam Aelius Gallus eam in numero eorum esse dicit, quae per aes et libram gerantur, non omnes complectitur causas, quibus nexi obligatio tollatur, verum ipsa per aes et libram fiat necesse est. Ex quibus conjectura consequi possumus, omnia per aes et libram gesta vel, ut Manilius et Aelius Gallus dicunt, omnia nexa iisdem facta esse solennibus, quibus tum nexi liberatio tum mancipium agebatur. Hoc confirmatur probaturque

[34]) Clarius etiam alia vetus appellatio loquitur. Nam ut ex Agroetio (de orthogr. p. 2271 Putsch.) discimus, appellabatur etiam damnas esto legatum.

eo, quod et testamentum, quod per aes et libram, et solutio, quae ita appellatur, eadem habebant solennia, quod Ulpiano (XX. 2) per mancipationem fieri idem est, ac per aes et libram fieri, quod ipsa mancipatio nexu traditio, denique pro eadem per aes et libram mercari dicebatur. [35]) Omnia ergo per aes et libram acta, in iis omnia nexa, quinque testibus populi in classes divisi vicem obtinentibus et libripende libram tenente praesentibus peragebantur, in eoque actu omnium maxime civili et tanquam ab ipso populo confirmato et munito altera pars certa quaedam solenniaque verba locuta asse vel particula aeris libram percutiebat idque aes alteri parti dabat, in mancipio quasi pretii loco, in nexi liberatione tanquam solvendi causa. Id raudusculum quo consilio dederint in eo nexo, quod quum neque mancipium esset nec liberatio nexi, proprie, quoniam de eo per aes et libram liberabatur, nexum dicemus, dubium jam esse nequit, eo scilicet, ut, qui dabat, alterum obligationis vinculo sibi obstringeret. Cujus quidem obligationis eam fuisse intelleximus indolem potestatemque, ut illi ex causa judicati par haberetur.

§ 17.

Quae quum ita sint, quum de ipso nexo, quod vere dicitur, perpauca apud veteres tractata reperiamus, operae pretium esse videtur, primum inquirendo in illa, de quibus pleniorem notitiam habemus, tum de natura per damnationem legati, tum de nexi liberatione sive solutione per aes et libram, tum vero de judicati causa antiquissimis temporibus quid statuendum videretur, indicare. Supra suspicatus sum, antiquitus in legato illo necesse fuisse testator verbis dare damnas esto uteretur. De hoc legato per damnationem relicto heredem imaginaria solutione per aes et libram liberari nominatim Gajus dicit. Quibus indicat, de legato sinendi modo, etsi testamento per aes et libram relicto, hoc modo liberari non posse. Nec hujusce rei causa esse potest, quasi heres damnatus non sit, quum sinendi modo ita legetur: Heres meus damnas esto sinere. Alia igitur ratio quaerenda est, eamque ipse Gajus significat circumscribendo usum solutionis per aes et libram in ipso legato per damnationem relicto eo, ut dicat, de eo tantum posse hoc modo liberari, quod pondere, numero constet et ita, si certum sit. Adjungit quosdam etiam de eo, quod mensura constat, idem existimare. Sinendi modo enim incertum relinquitur, quia omne, quod in faciendo aut non faciendo consistit, incertum est. At nondum satis est, certum esse, quod relictum sit, oportet res legatas aut pondere aut numero constare: de iis, quae mensura consistunt, dubitabatur. Quaenam est hujusce rei ratio? Secundum formulam, qua in actu solenni debitor utebatur, quaeque nobis, etsi non integra,

[35]) Cic. Top. 5. Horat. ep. II. 2 v. 15. Si proprium est, quod quis libra mercatus et aere est.

servata est, primum postremum solvebatur.[36] Verum dici non licet, ideo per aes et libram de ceteris rebus certis liberationem fieri non potuisse, quia in rebus nec pondere, nec numero, nec mensura constantibus primum postremumque non inveniatur, sed potius statuendum est, in formula de primo et postremo agi, propterea quod ad alias res nexi liberatio non pertineret. Porro quod dubitabatur de rebus, quae mensura continentur, an hoc modo liberari posset, idque plerique negabant, suspicor solutionem per aes et libram proprie ad eas tantummodo res pertinuisse, quae pondere, numero constarent, dum jurisconsulti quidam etiam in rebus mensura consistentibus primum et postremum contineri perspicientes in his quoque eam admittendam esse putaverint. Proprie vero et initio ne in iis quidem rebus omnibus, quae penduntur et numerantur, solutionem per aes et libram locum habuisse existimandum est, sed in sola pecunia sive appendenda erat sive numeranda. Aliter enim intelligi non potest, quare in iis rebus, quas metiri solemus, quae semper fere cum illis conjunctae reperiuntur iisque exaequantur, adhiberi non potuerit.

His disputatis probabile fit, nexi obligationem solutione per aes et libram sive nexi liberatione tolli solitam, proprie, initio autem unice, pecuniae fuisse, sive aereae pondere, sive argenteae aureaeque numero constantis. Atqui quamdiu sola aerea pecunia utebantur Romani, quum appenderetur ejusque in pondere vis et potestas esset, quumque peregrini nummi argentei mercis loco haberentur, solummodo aes, ut videtur, obligationis causam praestabat. Quod confirmatur verbis formulae liberationis superstitibus „hanc ego librам primam postremam.“ Quae verba serius etiam in argentea aureaque pecunia solvenda apta erant et convenientia, quia omnis pecunia non modo ad libras aeris facili negotio referri posset, sed etiam aeris appellatione comprehenderetur.[37]

Quod modo statui, nexum vel nexi obligationem pecuniae sive aeris obligationem fuisse, ea sententia plurimis locis, qui de ipso nexo agunt, adjuvatur:

Varro de L. L. VII. 105. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus.

Festus s. v. Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur.

Id. s. v. Nuncupata pecunia est nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata: Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

Liv. II. 27. Appius quam asperrime poterat, jus de creditis pecuniis dicere. Deinceps et qui antea nexi fuerant, creditoribus tradebantur, et nectebantur alii.

[36]) Huschkius formulam hanc probabiliter, ut mihi quidem videtur, sic restituit: Quod ego tibi tot milibus eo nomine jure nexi sum damnas, solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremamque secundum legem publicam.

[37]) L. 159 de V. S. Etiam aureos nummos aes dicimus. Seneca de benef. V. 14.

Liv. VIII. 28. Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti cautumque in posterum, ne necterentur.

§ 18.

Nexi igitur obligationem certae pecuniae intelligo per aes et libram gestorum solennibus damnatione interveniente constitutam. Ad certam pecuniam etiam similitudo rei judicatae nos rejicit. Ratio inter nexum et rem judicatam intercedens omnino eadem erat, quae inter mancipationem et in jure cessionem intercedebat. Nexi autem obligationem, ut perinde civilis, atque judicati, esset, oportebat habere, quae in re judicata obtinerent. Jam vero formularum, quae inde a lege Aebutia lata in usum venerunt, omnium ad pecuniariam aestimationem condemnatio concipiebatur, sed olim, Gajo (IV. 48) teste, in ipsam rem fiebat. Atqui complures loci significant, creditori non licuisse manum reo injicere, nisi pecuniae esset judicatus, nec ullum testimonium exstat, quod de alio, quam pecuniae judicato loquatur. Inprimis illud testantur ipsa verba actoris manum judicato injicientis solennia, quae apud Gajum (IV. 21) leguntur, et, ut mihi quidem videtur, verba ipsius legis XII. tabularum a Gellio (XX. 1) nobis servata: Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi muto. Post deinde manus injectio esto. Hanc legem varie interpretes intelligunt, quum alii aes confessum et res jure judicatas ad solam pecuniam referant, alii ad omnia debita, sive in dando sive in faciendo consistat obligatio, alii vero intelligant de quibuscunque pecuniae obligationibus.[38]) Huschkius recte explicat illa ita, ac si scriptum esset: Aeris confessi et aeris rebus jure judicatis triginta dies justi sunto. Qui sensus videtur optime et magis quam alius cum verborum structura attente considerata quadrare. Quodsi legis actionum temporibus in rem aliam praeter pecuniam certam condemnatio facta erat, judicato satisfacere actori detrectante, litis aestimatione a judice arbitrove facienda opus erat, ut in eum per manus injectionem agere liceret. Hoc arbitrium liti aestimandae, postquam per formulam agi coeptum est, cum ipso judicio est conjunctum, adque ideo judex statim pecuniae reum condemnabat.[39])

Quae omnia si animo colligimus, quum nexi obligatio pecuniae sit, apparet, actum civilem, quo contrahebatur, non minus in aere appendendo, quam testibus praesentibus populi vice fungentibus verbisque solennibus nisum fuisse. Sed quaeritur,

[38]) Cf. *Bachofen, das Nexum etc.* p. 132 seqq. *Huschke, Recht des Nexum.* p. 13 u. 17.

[39]) Loci, qui de pecuniae judicato agunt, hi sunt. Gaj. IV. 21 cit. Quod tu mihi judicatus sive damnatus es sestertium X. milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X. milium judicati manum injicio. Gaj. III. 78 bona — veneunt — judicatorum post tempus — quod eis lege XII. tabularum — ad expediendam pecuniam tribuitur. Gell. XX. 1 — judicatis triginta dies sunt dati, conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent — ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabatur. Liv. XXIII. 14 quique pecuniae judicati in vinculis essent.

utrum ad nexum constituendum necesse fuerit, praeter raudusculum pecunia sive in ipso actu sive antea appenderetur vel adnumeraretur, an alius generis debita hoc actu civili per novationem in pecuniam mutari potuerint? Equidem non dubito, quin hoc suffecerit, tametsi veteres in illis versantes temporibus, quibus nexum vigebat, saepius de pecunia credita loquantur. Illa enim causa longe gravissima erat res gestas scribentibus, qui narrarent, quemadmodum plebs aere alieno oppressa a creditoribus patriciis vexaretur. Multae sunt causae, ex quibus pecunia debetur, sed aes alienum homines pauperiores maxime pecunia mutua accipienda contrahunt. Nec dubitari potest, quin originem nexum traxerit ex eo, quod pecunia crederetur. Jam vero quotiens primis temporibus pecunia credebatur, libra propemodum necessaria erat, qua quanta esset certum fieret; et si res majoris esset momenti, non solum libripendem, qui sine studio alterius partis aes appenderet, adhibebant, sed etiam coram testibus pecuniam appendi volebant, quorum et memoriae mandaretur negotium et auctoritate confirmaretur. Attamen necesse non erat testes adhibere in ultima antiquitate, sed nec postea, quum civitatis potestas et dignitas aucta esset, ut obligatio constitueretur pecunia danda, opus erat forma solenni per aes et libram gestorum, quemadmodum in rebus mancipi transferendis mancipatio (aut in jure cessio). Haec vero obligatio, quae quotiens pecuniam creditam non per aes et libram testibus praesentibus dabant, nascebatur, neque erat nexi, sed mutui obligatio. Mutuum enim eadem re, qua traditio a mancipatione, qua pignus a fiducia, a nexo aere differebat: ut mutuum juris gentium, ita nexum vel maxime erat juris civilis. Quare nexum hoc nec speciem mutui dicere licet, nec a Livio unquam ita appellatur. Nonnunquam pro nexo aes alienum vel foenus dicit, et Dionysius proprie loquens nexum aes dare *ἐπὶ σώμασι δανείζειν* appellat (IV. 9).

Exstiterunt, qui antiquitus apud Romanos praeter actum civilem, qui per aes et libram gerebatur, nullum actum privatum firmum ratumque fuisse existimarent. Cui sententiae quum testimonia desunt, tum natura rerum videtur repugnare. Quoniam ea, quae sunt juris gentium sive naturalis, semper tempore praecesserunt ea, quae ex jure civili alicujus populi civitatisve descenderunt, postquam jus civile introductum est, vim potestatemque sibi comparavit, comparatam firmavit, nunquam tamen adeo momento suo valuit, ut prorsus sublato jure gentium unum regnum teneret. Quotiens per aes et libram credita pecunia dabatur, qui accipiebat, arctiore vinculo creditori obnoxius fiebat, quam mutuam accipiendo, propterea quod tanquam coram populo ipso negotium peragebatur ab eoque confirmabatur. Tum enim, quod vix sine temeritatis crimine in dubium vocari potest, creditori potestas dabatur, debitori, qui die praestituta non persolvisset pecuniam, sine ullo judicio manum injicere eumque domum abducere, adversus infitiantem autem in duplum lis crescebat, ut omnis paene infitiandi ratio adempta esse videretur. Haec res maxime valuit, cur nexum aes, non mutuum daretur.

§ 19.

Haec nexi aeris obligatio quaeri potest, qualis fuerit, verbisne an re contracta?[40]) Quandoquidem quotiens pecuniam mutuam dantes eandem mox stipulamur, una nascitur obligatio eaque verborum, propterea quod verborum obligationis potior causa habetur idque agitur, ut sola stipulatio teneat, idcirco probabilitatem habere videtur, nexi obligationem, cujus in verbis certis praecipua vis posita sit, verborum esse.[41]) Accedit, quod utrumque negotium et stricti juris est et forma sua maxime valet. Verumtamen non omni ex parte similia sunt, propterea quod ipsa nexi forma, ut jam nomen, quod ab aere et libra sortitum est, indicat, praeter verba certa etiam raudusculum dari requirit, ideoque hactenus re contrahitur. Tamen nec re contrahi dici potest nexi obligatio, quae tum ex verbis, tum ex toto actu substantiam capit. Quid igitur est? Statuendum esse arbitror, et actu et verbis et re nexum constitui, quamadmodum de stipulatione loquens Modestinus in L. 52 § 3 de O. et A. re et verbis pariter nos obligari ait, si et res interrogationi intercedat. A stipulatione hoc quoque differt nexum, quod obligatio, quae ex stipulatione proficiscitur, universe ad dandum faciendumve spectare potest, dum nexi obligatio in pecunia danda consistit. De causa obligandi controversia est, quum alii nexum nisi pecunia data constitutum non esse affirment, alii qualiacunque debita in nexi obligationem transferri potuisse censeant. Qui pecuniam datam requirunt, alii necesse fuisse existimant, ut in praesesentia testium sive appenderetur sive adnumeraretur, alii suffecisse, si ante actum solennem sive mutua sive alia ex causa, forte depositi, data esset. Equidem putarem non modo quod alia ex causa quacunque deberetur, per novationem potuisse in nexi obligationem deduci, verum omnino causam requirendam non fuisse. Sua vi ac potestate nexum consistebat: ea ipsa re, quod quis coram testibus populi classes imitantibus patiebatur se pecuniae damnari, quasi confitebatur se debere tantundem, quantum alter praedicarat, eaque confessio non video cur minus efficax pollensque fuerit, quam in jure facta, quum talis inesset vis in iis, quam per aes et libram gerebantur, qualis inerat in iis quae apud praetorem in jure agebantur. Nam quod in jure cessio, idem valebat mancipatio, quod judicatio et confessio in jure, idem valere debebat damnatio in nexo faciendo pronuntiata. Hac tamen re ejusmodi damnatio atque confessio cum ea tacite conjunta a re judicata et confessione in jure discrepabant, quod utraque in futurum tempus concipiebatur. Erat confessio pecuniae debitae non statim, sed post certum tempus solvendae. At eo ipso, quod nonnisi pecuniam vel aes debitor in nexo faciendo confitebatur, haec confessio major erat vel certe esse poterat ea, quae in jure edebatur, quum haec etiam alius debiti esse posset. Quoniam vero con-

[40]) *Huschke, Recht des Nexum* p. 25—27.

[41]) L. 126 § 2 de V. V. L. 6 § 1. L. 7 de novat. et solut.

fessionem aliarum rerum in jure editam et judicationem in rem ipsam, ut manus injectioni locus esset, in pecuniam per aestimationem redigi oportebat — XII. tabulae enim tantum de aere confesso locutae erant, — idcirco creditores efficere cupiebant, ut debita alius generis per aes et libram in pecuniae debitum mutarentur.

§ 20.

Hoc per aes et libram gestum, quo nexum aes dabatur, multi difficultates, quas talis opinio probanda habet non parvas, pro suo quisque ingenio effugere aut vincere tentans, mancipationem fuisse voluerunt. Et alii quidem pecuniam antiquitus rem mancipi fuisse existimantes ipsum aes mancipatum esse affirmarunt. Verum propositio, qua haec opinio nititur, sine qua stare non potest, probabilitatem habet nullam. [42]) Quare alii aliud excogitarunt, quod mancipio datum fuerit. Quidam censent, debitorem se ipsum mancipasse. [43]) Quod quin fieri potuerit, jure dubitabimus, quum jam ipsum hoc, quod dabatur mancipio (nam sic plerumque, apud antiquiores unice dicebatur, mancipandi verbum serius in usum venit), impedimento esse videatur. Nusquam legimus liberas personas alieni juris servosque mancipio se dare ipsos, nec homines sui juris mancipari potuisse. Quae personae liberae mancipabantur, eae juri vel potestati alicui subjectae erant, atque ab eo, cujus in potestate erant, mancipio dabantur. Nec obstat, quod feminas patriae potestati non subjectas coemptionem fecisse legimus. Nam eas quoque ab aliis mancipatas esse constat, a tutoribus nimirum, qui in iis jus potestatemque patriae non dissimilem, olim vero persimilem habebant. Alii animadvertentes neminem se ipsum potuisse mancipare, operas suas debitores mancipio dedisse putant. [44]) Quas nemo satis probavit res mancipi fuisse, neque id probari potest, verique autem plane dissimile est, veteres Romanos tam subtiliter de hujuscemodi rebus cogitasse, ut in operis hominis, liberi praesertim, res incorporales viderent. At etiamsi fuerint, quominus istam sententiam probemus, prohibet regula juris, secundum quam per temporis vel conditionis adjectionem in totum mancipatio vitiatur.

Quae quum ita sint, equidem nec causam video, cur nexum constitutum esse per mancipationem necesse videatur. Mihi videtur nexum quam maxime a mancipio diversum fuisse, eodem modo, quo a dominio distat obligatio. Nam mancipium, sicut vidimus ipsumque nomen significat, praeterquam quod ea potestas in liberos homines mutabatur, rerum quarundam transferendarum causa comparatum erat, nexum vero,

[42]) Gajus (II. 19, 20) nominatim quum vestem, tum etiam aurum et argentum rebus nec mancipi adnumerat, significandi causa, ut suspicor de his rebus ut pretiosioribus dubitari posse: aes enim, in quo omnis olim pecunia consistebat non putabat a quopiam rebus mancipi adscribi posse.

[43]) *Puchta, Lehrbuch für Institutionenvorlesungen* p. XXXIII.

[44]) Scheurl. p. 51sseqq. Sell. p. 43 seqq. Eos refutavit Bachofen p. 64 seqq.

quod ipsa appellatio probat, obligationis nectendae gratia. Quodsi pecunia credita danda erat, non eam ob causam per aes et libram res agebatur, ut dominium nummorum ad alterum transferretur (quod quum fieret sola tratitione, civili actione non erat opus), sed idcirco eam formam adhibere creditor malebat, quia quum facilior probatio tum nexi obligatio prae ceteris insignita erat. Per aes et libram utroque consilio negotia agebantur, tam obligationis contrahendae, quam dominii transfendi. Et nusquam dicitur, mancipio omnia per aes et libram facta ideoque omnia nexa contineri: contra mancipia in nexorum numero esse legimus. Quapropter causa non est, cur studeamus demonstrare nexi obligationem mancipatione contractum fuisse. Quid enim est, quod moveat nos, ut nullum actum praeter mancipium tam singulares effectus, quales nexum peperisse accipimus, gignere potuisse credamus, quum praesertim constet, XII. tabulas jussisse, non solum quod in mancipio, verum etiam quod in nexo faciendo lingua nuncupasset, id ratum esse? Forma quidem utrique actioni civili communis erat, sed diversum iu finem illa utebantur.

§ 21.

Quod dixi, formam nexo et mancipio communem fuisse, ita verum est, ut in utroque quinque testibus praesentibus a libripende aes appensum fuerit. Ceterum, quae erat diversitas consilii, quo agebantur, alia nexi aeris, alia mancipii propria erant. Qui mancipio accipiebat aut personam aut rem se moventem, eam apprehendere debebat, et in mancipandis praediis et servitutibus praediorum rusticorum manum eum, saltem antiquitus, sustulisse verisimile visum est. Neutrum in nexo aere contrahendo necesse erat, quoniam non id agebatur, ut qui raudusculum dabat, in suam potestatem hominem vel rem redigeret, verum id, ut alterum obligatione sibi obstringeret. Eandem ob causam dubium esse non potest, quin diversis verbis usi sint, sed quibus, formula nobis nulla servata, in incerto relinquitur. Quoniam vero in omnibus actionibus civilibus is, qui jus sibi assumebat, ideoque tam in nexi liberatione, quam in mancipatione is, quis raudusculum dabat, verba certa eloquebatur, in nexo constituendo creditoris erat, haec verba pronuntiare, quibus debitorem damnabat, ut statuto tempore pecuniam solveret. Dicebatur omnino damnatio pro obligationis vinculo, quo quis tanquam populo (vel etiam ut damnatus voti, Diis) obstrictus intelligebatur, velut ex judicati causa vel ex delicto lege prohibito. Nam eo ipso, quod damnas erat, excelsa quaedam ejus, cui erat obligatus, potestas indicabatur, quo homo privatus praeditus non erat. Quibus de causis Huschkius creditorem pecuniam creditam per aes et libram dantem in hunc fere modum locutum esse existimat: Quod ego tibi mille libras hoc aere aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum jure nexi dare damnas esto.[45]) His verbis utebantur etiam, quotiens alia ex causa praeter pecuniam

[45]) *Huschke, Recht des* nexum p. 50 seqq. cf. ejusdem *Studien des römischen Rechts* p. 295 seqq.

creditam pecunia, sed etiam si alia res, quam tamen in pecuniam redigi oportebat, debebatur. Itaque in venditionibus, si pretium non repraesentaretur, venditorem suspicor emptorem pretii nomine nexo sibi obligasse. Quodsi res mancipi vendita mancipio dabatur, ex mancipio emptor pretii nomine jure nexi non obligabatur, quoniam mancipio accipiens non jubebatur damnas esse et ne aes quidem, quo obligaretur, accipiebat. Quare ut etiam nexi obligatio pretii nomine nasceretur, duplici actu opus erat, quorum alter ad dominium rei mancipi transferendum, alter ad obligationem nexi constituendam spectaret. Sed fortasse hac in causa diversis verbis utebatur, quibus ad mancipationem se referebat, velut his: Quod ego tibi hanc rem hoc aere aeneaque libra mille libris vendidi, eas tu mihi post sex menses jure nexi dare damnas esto.

Illa verba certa erant, quae quidem abesse non poterant. Alia, quae lex XII tabularum jus esse jusserat, nuncupando adjici solebant, inprimis foenus constitui. Tunc forte creditor addebat: cum foenore, velut unciario. Praeterea probabiliter nuncupatione adjungebatur ea conditio, ut si pecunia statuto tempore persoluta non esset, summa certa poenae nomine solveretur. Et quo tutius ageret, creditor curabat, ut res, utputa fundus, fiducia contracta sibi manciparetur, eaque causa fiduciae, ut opinor, omnium frequentissima fuit. Sed non tantum res suas, verum etiam liberos debitor fiduciae causa mancipio dabat. Hujusmodi vero mancipationibus modus definitus erat lege XII tabularum, et ut fertur, jam lege Romuli jubente filium a patre ter venumdatum liberum esse. Saepe etiam sponsores vel fidepromissores accessisse existimandum est.

§ 22.

Nunc consideremus vim effectumque nexi obligationis. Qui nexo se obligarat, is, ut jam pluries dictum est, in eadem erat causa futurus, qua judicatus erat. Judicato autem et aes confesso ex XII tabulis triginta dies justi erant ad comparandam pecuniam.[46]) Quibus praeteritis, si debitor non solvisset, manu injecta creditor eum in jus ducebat, et nisi judicatum faceret nec vindex exsisteret, domum ducebat et vinciebat. Nisi pacti essent, in vinculis tenebatur dies sexaginta, inter quos trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebatur, quantaeque pecuniae judicatus esset, praedicabatur. Tertiis nundinis capite poenas dabat aut trans Tiberim vendebatur. Non solum universa, quae inter nexo obstrictum et judicatum erat similitudo illum similia, atque hunc, expertum esse designat, verum etiam non paucis locis satis clare id probatur. Debitorem, qui die praestituta non solvisset, creditor, ut conjicere licet, praesentibus testibus, qui nexo faciendo interfuerant, appellabat. Si ne tum quidem solveret nec tamen infitias iret, conquirendae pecuniae causa dies

[46]) Triginta dies erant, quia in his necessario Kalendae, quibus major erat pecuniae faciendae facultas, continebantur. Probabiliter jam ante legem XII tabularum latam triginta dies justi erant.

legitimos habebat, procul dubio triginta, ut judicatus.[47]) Qui si exiissent nec debitor solvisset, eum manu injecta domum abducere et vincire creditor poterat.[48])

Debitor, quem hoc modo creditor domum abducebat, dicebatur necti, nexum se dare,[49]) nexum inire,[50]) atque ipse nexus ob aes alienum vel simpliciter nexus vocabatur.[51]) Tum enim, quum antea aes tantum nexum fuisset, ipsum corpus debitoris creditori fiebat obnoxium, et quamvis nec servus fieret, nec, ut mancipio datus homo liber, in servilem causam deductus capite deminueretur, quum et libertatem et civitatem et familiam, uxorem, filios, bona retineret, tamen extera rei specie tanquam servi loco habebatur, quia a creditore, ac vel clausus et nervo compedibusve vinctus retineri poterat eique postulanti operas praestabat,[52]) quibus, ut videtur, per aestimationem ad pecuniam redactis primum usurae currere continuantes compensabantur, tum, si pluris essent, sors deminuebatur.[53]) Et non solum ipse nexus, verum etiam filii nepotesque, quos in potestate habebat, omniaque bona ejus nexum inibant.[54]) Ne uxor quidem in manu libera erat, sed ab ea forsitan pudor creditorem abstinebat, eamque, si aliter liberari non posse videretur, maritus remancipabat. Filios quoque magnam probabilitatem habet a patribus aere alieno oppressis aut emancipatos esse aut amico fiduciae causa mancipio datos.

Nexus igitur cum familia sua quasi pignoris loco a creditore retinebatur. Compluribus ex locis apud Livium et Dionysium sequi videtur, quasi per longum tempus in ea causa fuerint, quum tamen lex XII tabularum aes confessos et judicatos sexaginta dies retineri posse, deinde aut caedi aut peregere vendi jussisse videatur. Sed lex non dicit eos sexaginta diebus praeteritis aut caedi aut vendi deberi: jus aut occidendi aut vendendi creditori tribuit, non necessitatem injungit. Quare nihil obstat, quominus perdiu pignoris loco tam judicati quam nexi apud creditores fuerint, qui ex operis eorum sibi acquirerent. Nec tamen ex iis scriptorum locis probari potest, debitores plus quam sexaginta dies in illa causa fuisse.

Haec ita erant, si debitor nec solveret nec infitias iret. Quodsi debitum infitiaretur, nihilo minus creditor eum nec manum sibi depellere nec pro se lege agere valentem, nisi vindicem daret, domum ducebat. Vindex pro se causam agebat. Sed

[47]) Docet hoc inprimis Dion. VI, 83, ubi, quemadmodum Dion. V, 69. VI, 46, distinguitur inter eos, in quos sententia lata sit, et eos debitores, qui ex contractu obligati partim diebus legitimis praeteritis in vinculis habeantur. Cf. Dion. VI, 23. Dion. Excerpt. p. 2338 Tom. IV, Reisk. Zonar. VII, 14.

[48]) Praeter locos Dionysii adductos probant hoc Dion. IV, 9. IV, 11. V, 69 cf. VI, 1. VI, 59.

[49]) Liv. VIII, 28. Val. Max. VI, 1 § 9.

[50]) Liv. VII, 19. sorte ipsa obruebantur inopes nexumque inibant. Primus casus hic non nexum est, sed nexus, quo ipsa actio nectendi significatur, dum nexum obligatio est eo actu contracta.

[51]) Liv. II, 23. II, 24. 25. 27. VIII, 28. VII, 19.

[52]) Varro de L. L. VII, 105. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quadam (sic unus codex Paris., ceteri omnes „quam,“ ex Huschkii conj. „qua damnas“) debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Dion. V, 53. VI. 79. Fragm. XVI, 9. Appian. de rebus Samnit. I, 1.

[53]) Paul. S. R. II, 13, § 2.

[54]) Dion. V. 69. VI, 26. 29. VI, 37. 41. Liv. II, 24. VIII, 28.

infitiatione in duplum ibat lis in omnibus causis, quae ex damnatione proficiscebantur. De actione judicati, damni injuriae ex lege Aquilia, denique de legato per damnationem relicto hoc certo scimus.[55]) Erat ea poena in re judicata temere litigantis, qui sententiam nullam esse dicens iterum rem in judicium deduceret. Eandem poenam deinde quaedam leges specialiter sanxerunt, velut Aquilia et Publilia. Quae quum ita sint, quum nexum damnatione niteretur, quum universe inter rem judicatam et nexum magna intercederet similitudo, quumque etiam legati per damnationem relicti, de quo, sicut de causa judicati et de nexo per aes et libram liberatio fiebat, infitiatione in duplum lis cresceret, dubium esse non potest, quin nexi quoque causa infitiando duplata fuerit, maxime propterea quod etiam in nexo obligatum per manus injectionem agebatur, ut in judicatum. Erant autem cum illa infitiationis poena haec conjuncta, quod neque indebitum solutum, quamvis ab ignorante, repeti,[56]) nec pacto decidi poterat.[57])

Vindex, qui interventu suo judicatum vel jure nexi damnatum liberarat, eum sine dubio manu injecta domum abducere et pignoris loco retinere poterat, sicut ipse creditor. Id sequi videtur ex jure pignoris, quod in redempto ab hostibus is, qui redemerat, habebat.[58])

§ 23.

Haec de nexo in universo. Superest, ut inquiramus, quid statuendum sit de obligationibus ex mancipationibus oriundis, et num vere dici possint nexi obligationes quasi per aes et libram contractae. Mancipationes tum potestatis in libera capita mutandae, tum rerum mancipi transferendarum causa et hoc potissimum consilio peragebantur. Jam vero emptio venditio, praeterquam quod justam praebet causam dominii transferendi, etiam mutuam gignit obligationem, quum emptor venditori pretium tradere, venditor autem teneatur rem venditam ita praestare, ut eam emptori recte habere liceat. Qua re duo continentur. Primum evictionis nomine venditor tenetur, deinde oportet rem venditam talem esse, qualem eam aut natura rerum, quarum ex genere est, postulet, aut ipse promiserit. Quid igitur est? Num haec in mancipatione quoque, quae imaginaria emptio venditio fuisse fertur, inveniuntur?

Primum ad emptorem mancipio accipientem quod attinet, quandoquidem mancipatio imaginaria erat emptio venditio pretiumque praeter raudusculum ex ipso mancipio nullum dabatur, idcirco ipsa mancipatione, quae forte ex causa emptionis fiebat, veri pretii nomine non obstringebatur. Hoc enim nihil ad mancipationem, quod ex empto obligatus erat. Quodsi venditor efficere vellet, ut nexo emptor pretii nomine teneretur, secundo actu per aes et libram opus erat. Nam meo judicio ne per nun-

[55]) Gaj. IV, 9. II, 282. Paul. S. R. I, 19, § 1. § 7 J. de obl. quae quasi in contr.
[56]) § 7 J. de oblig. quae quasi in contr. L. XV. C. de cond. indeb. IV, 5. Gaj. II, 283.
[57]) Paul. S. R. I, 19, § 1.
[58]) L. 15. L. 19, § 9. L. 21 pr. D. de capt. XXXXIX, 15.

cupationem quidem in mancipio faciendo de pretio solvendo caveri poterat, quum hujusmodi nuncupatio nihil ad mancipium pertinuisset ab eoque plane aliena fuisset. Nuncupatio enim, ut persuasum mihi habeo, lex erat contractui dicta, qui in mancipio eo spectabat, ut res mancipanda ad alterum transferretur.

Diversa ratio erat venditoris mancipio dantis, qui ex ipsa mancipatione, quum mancipio accipiens rem ex jure Quiritium suam esse praedicaret, si repeteretur periculum judicii praestabat. Sed debebat ei, si res evinceretur, emptor litem denuntiare eumque vindicanti rem auctorem laudare. Quod si neglexisset, auctoritatis agere non poterat, nisi venditor aut curasset, ne sibi denuntiari posset, quum testatio coram quinque testibus, qui mancipationi interfuerant, facta sufficeret, aut in jure interrogatus defugisset auctoritatem, quum in jure interrogatus respondere nolens pro confesso haberetur.[59]) Liberabatur autem periculo defensionis venditor praeterito usucapionis tempore; tum enim emptor sibi ipse auctor factus erat. Actio auctoritatis, qua venditor, si res vendita repeteretur, tenebatur, dupli nomine emptori competebat. Nam saucitum erat lege XII tabularum, ut quae lingua nuncupasset qui infitiatus esset, dupli poenam subiret.[60]) Hac enim in lege infitiatio erat pro mendacio.[61]) Qui in mancipio faciendo coram testibus populi classes adumbrantibus se rem emptoris facere eamque habere res certas qualitatesque proprias dixisset, eum, si mentitus esset, in duplum ejus, quod esset mentitus, conveniri lex volebat. Quamobrem non tantum si res empta justo judicio repetita, verum etiam si alia in nuncupatione vel lege mancipii dicta promissaque inventa non essent, velut si majorem, quam esset, modum agri, vel fundum optimum maximumque, quum serviret, venditor dixisset. Propter vitia vero, quibus venditor rem solutam non dixerat, ex mancipio obstrictus non erat. Ideo si servum sanum, furtis noxisque solutum non promisisset, emptor vitiis inventis ad actionem empti, quae in simplum dabatur, rejectus erat. A jure consultis autem, ut ait Cicero, etiam reticentiae poena est constituta.

Huschkius quidem nuper actionem auctoritatis per se in simplum tantum competentem infitiando in duplum crevisse defendit.[62]) Sed Paulus non tantum, ubi actiones in duplum infitiatione crescentes enumerat, de hac actione silet, verum etiam universe dicit venditorem re mancipata evicta auctoritatis duplo tenus obligari.[63]) Praeterea, quod ex L. 26 § 7 D. de cond. indeb. et L. 74 pr. D. de evict. colligi posse videtur, nec indebiti condictio exclusa erat et pacto decidi poterat. — Ad duplationem eorum, quae in lege mancipii a venditore dicta promissaque sunt, quod

[59]) L. 29, § 2. L. 56, § 5—7. L. 39 fin. D. de evict.

[60]) Cic. de off. III, 16.

[61]) *Rudorff, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft.* XIV, p. 428. 447.

[62]) *Recht des Nexum* p. 188.

[63]) Paul. S. R. XVII. 1, 3. Venditor, si ejus rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius. Aliter enim non potest obligari. § 3. Res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

attinet, Huschkius eam excludit in omnibus, praeterquam si de modo agri venditor mentitus esset: tum infitiando litem in duplum crevisse arbitratur. At non tantum Cicero in loco, quem modo adduxi, generatim dicit ex XII tabulis ea praestanda esse, quae lingua nuncupasset, sed Varro de R. R. II. 10 § 5 de servis agens „In horum emptione, inquit, solet accedere peculium, aut si excipiet, stipulatio intercedere, sanum eum esse, furtis noxisque solutum, aut, si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla,“ satis indicio, mancipato servo duplae promissione opus non esse. Majore jure Huschkius actionem de modo agri infitiando demum in duplum crescere dicere videtur, quum Paulus et eandem iis actionibus adnumeret, et mox dicat, ex iis causis pacto decidi non posse.[64]) Sed alio loco satis clare indicat, jam propter mendacium in lege mancipii dictum in duplum actionem dari.[65]) Itaque priori in loco aliquid omissum esse putandum est, eo magis, quia interpretatio de circumscriptione loquitur.[66]) Nec causa apparet, cur venditor, qui quindecim jugera promiserit, duodecim dederit, de eo quod minus inventum fuerit, cum emptore pacisci, aut si duodecim jugeribus promissis quindecim inventa fuerint, tria condicere non possit.

Paulus non aliter posse venditorem auctoritatis obligari dicit, quam si pretium acceperit. Haec vero conditio non dubito quin a jure consultis inventa sit, qui mancipationis causam traditioni similiorem reddere, strictum jus cum aequitate conciliare studerent. Legem XII. tabularum persuasum mihi habeo pretii accepti mentionem nullam fecisse, verum sine discrimine pretium esset acceptum necne dupli poenam, si res mancipata esset repetita, injunxisse. Sed serius quum venditor pretio non accepto doli exceptione contra actionem auctoritatis se tueretur, ea res juris consultis ansam dedit, ut doctrinam, quam Paulus tradit, invenirent.

Fontes, qui de auctoritate hac perpauca continent, tantummodo de mancipatione venditionis causa facta loquuntur, quae omnino fuit omnium frequentissima, ut saepissime mancipandi appellatione simpliciter posita mancipatio venditionis causa facta intelligatur. Quid? si aliis ex causis praeter venditionem, velut ex causa permutationis, dotis, solutionis, transactionis res per mancipationem transferenda esset, num etiam tum, qui mancipio dabat auctoritatis obnoxius fiebat? Equidem affirmare non dubito, eum in his quoque causis re evicta duplotenus obligatum fuisse, quum auctoritatis obligatio ex ipso mancipio proficisceretur, lex autem XII. tabularum generatim statuisset, eum, qui in mancipio faciendo mentitus esset, quae lingua nuncupasset, dupli poenam subire. Cur de sola venditionis causa hoc sanxisset, non perspicio, eo minus, quia, qui rem praestare debent, etiam ex ceteris causis evictionis nomine teneantur. Nec donationis quidem causam, quod ad auctoritatem ex mancipio oriundam attinet, excipio, etsi hodie de evictione a donatore praestanda multi dubi-

[64]) Paul. S. R. I. 19 § 1, 2.

[65]) Id. S. R. II. 17 § 3. Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo ejus, quod mentitus est, officio judicis aestimatione facta convenitur.

[66]) — de modo agri, quum a venditore emptor fuerit circumscriptus, ut minus inveniatur, quam probatur scriptura

tant. Apud antiquos enim, ut persuasum mihi habeo, qua ex causa manciparetur, nihil prorsus referebat.

Idem, quod de auctoritate, de ceteris obligationibus ex mancipatione profectis statuendum est, atque ideo, qui agrum in solutum dederat, si de modo mentitus esset, in duplum conveniebatur. In omnibus autem his causis aestimatione judicis opus erat, quum quantum simplum esset, nondum constaret, sicut, si non semper, at saepe in mancipationibus venditionis causa factis.

Huschkius [67]) negat praeter venditorem mancipio dantem quemquam ex ipso mancipio infitiationis nomine obnoxium factum esse, ideoque opus fuisse stipulatione. Quae est Huschkii sententia de nexo nisi pecunia data non constituendo, idcirco necesse est neget ex aliis causis mancipio dantem nexo obligari potuisse. Sed nec puto obligationes illas vere nexa, i. e. ejusmodi obligationes fuisse, quae antiquitus creditori jus darent debitori sine ullo judicio manum injicere, propterea quod in his utique damnationem requiro, quam in mancipio pronuntiatam esse, nec testimoniis probari potest nec verisimilitudinem habet. Nec lis infitiando in duplum crescebat, sicut in actionibus, quae damnationis causam habebant, sed ab initio omnimodo is, qui in mancipio dando mentitus erat, quae lingua nuncuparat, in duplum tenebatur. Sane Cicero [68]) in rebus mancipi repetendis eum dicit periculum judicii sustinere, qui se nexu obligarit. Verum, ut jam ex loco Varronis § 2 adducto sequitur, eo tempore quidam omnia per aes et libram gesta, in iis omnia mancipia nexis adnumerabant. Ideo ipsam mancipationem respectu mancipio dantis, qui, si aut res evicta aut ipse in nuncupatione aliquid mentitus esset, dupli poenam subibat, nexu traditionem appellabant. [69])

Ex mancipationibus liberorum capitum ne obligatio quidem ulla nascebatur, propterea quod partium nihil intererat, quod per aestimationem ad pecuniam redigi posset. Quod quidem nullam habet dubitationem, quotiens dicis gratia fiebant, sicut in coemptionibus, in filiorum mancipationibus frequentissimis, qnae eo fiebant consilio, ut mox manumissi libertatem consequerentur. Quid vero statuendum est de mancipatione ex noxali causa facta, quum mancipio accipientis ideo, quod ex operis filiifamilias mancipio dati sibi acquireret, utilitas verteretur? Talem eum, qualis erat, is, cui nocitum erat, accipere debebat, pater autem noxae datione quum omnimodo liberaretur, nec ad praestandum aliquid obligabatur. Sane olim, quum verae venditionis causa filiifamilias a patribus manciparentur, similiter atque in servis mancipandis obligatio oriri poterat.

[67]) *Recht des Nexum* p. 46.

[68]) Cic. dro Mur. c. 2.

[69]) Cic. Top. 5. Abalienatio est ejus rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu aut in jure cessio, inter quos ea jure civili fieri possunt. Boeth. ad h. l.

Ex mancipationibus igitur vera nexi obligatio non nascebatur, quae nascebatur, alia re insignita erat. Aliud tamen statuendum esse videtur de illa obligatione, qua heres ex testamento per aes et libram legatario legati per damnationem relicti nomine tenebatur, propterea quod et damnas esse jussus erat, et adversus eum, si infitias iret, modo certum relictum esset, in duplum lis crescebat. Quam ob causam non dubito, quin antiquitus, quum nexum vigeret, legatarius adversus heredem a testatore damnatum, ut certam pecuniae summam solveret, per manus injectionem agere potuerit, non minus quam si quis in nexo faciendo post statutum tempus pecuniam dare damnas jussus esset. Simile quid indicare videtur Aelius Gallus apud Festum s. v. Nexum, ubi in genere nexorum nominatim testamenti factionem commemorat.

Haec de obligationum, quibus mancipatio originem dabat, origine et natura et potestate. Tollebantur autem obligationes tam ex nexo quam ex mancipio ortae, sicut ceterae obligationes, quum solutione, tum compensatione, confusione, novatione, quae stipulatione, transcriptione, litis contestatione fieri poterat. Praeterea tollebantur imaginaria solutione per aes et libram, ut Gajus, vel nexi liberatione, ut eam Aelius Gallus appellat. Est haec tertia species per aes et libram gestorum, quae nexum non majore jure, quam quo acceptilatio stipulatio dici potest, multo minus mancipium est. Quoniam vero de forma et usu hujus solutionis jam supra § 16 et 17 quaedam allata sunt, hoc loco plura addere non attinet.

§ 24.

His tractatis tum de origine, tum de usu, natura, vi eorum, quae apud Romanos per aes et libram agebantur, nihil jam reliquum esse videtur, quam ut historiam, quae dici potest, breviter adumbremus. Et primum quidem de nexo videamus. De quo, quam terribile fuerit pauperioribus, vel, ut Livius dicere solet, plebi Romanae, et quemadmodum complurium seditionum causa facta sit, quae scriptores rerum gestarum narraverint, referre, quum a proposito nimium recedat, in animo non est. Tantum de mutationibus ipsius instituti quaedam exponam. Gajus refert, lege, cujus nomen in codice legi non potest, excepto judicato et eo, pro quo depensum erat, ceteris omnibus, cum quibus per manus injectionem actum esset, permissum esse, sibi manum depellere et pro se lege agere.[70]) Eam legem etiam ad nexos pertinentem Huschkius[71]) probabiliter Valeriam esse suspicatur, latam dictatore M. Valerio Corvino, qua seditionem debitorum periculosam apud Victor. de viris illustr. 29 et Appian. de reb. Samnit. I. 1, 2 memoratam placaverint. Eadem lege haud dubie cautum est, ne lis adversus infitiantem in duplum cresceret. Alia lex, cui impotens

[70]) Gaj. IV. 25.

[71]) *Huschke, Recht des Nexum* p. 143—147.

Publilio cuidam ab homine patricio illata injuria occasionem dedisse fertur,[72]) lata est judicatos et nexos simul spectans. Hanc legem alii consulibus C. Poetelio et M. Papirio (a. u. 429), alii dictatori C. Poetelio (a. u. 441) adscribunt. Utcunque se res habet, nostra praecipue interest, quid sanxerit haec lex Poetelia, ut vulgo nominatur. Haec sunt, quae veteres auctores tradunt:

Liv. VIII. 28. Eo anno plebi Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt. — Victum eo die ob impotentem unius injuriam ingens vinculum fidei: jussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur.

Varro de L. L. VII. 105. Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia, qua damnas, debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc Popilio vocare Sillo dictatore (Huschk.: Hoc C. Poetilio rogante solo dictatore) sublatum ne fieret, et omnis, qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti.

Dion. Fragm. XVI. 9. Atque ob hunc casum cuncti, qui ob aes alienum nexi erant, lege lata soluti pristinam libertatem recuperarunt.

Cic. de rep. II. 34. Quum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum.

His relationibus veterum attente consideratis interque se comparatis, haec puto ex iis colligi posse. Primum legem jussisse omnes, qui bonam copiam jurarent, ne essent nexi, solvi, deinde sanciendo, ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur, prohibuisse, quonimus pecuniae judicati nexique illa poena hominibus liberis et ingenuis indigna affligerentur, denique cavisse, ne quis posthac ob aes alienum necteretur, pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse. Haec postrema, ut ex verbis Varronis consequi videtur, praecipue ad operas ante legem hanc latam a debitoribus praestandas pertinebant. Nemo dicit, ipsum nexum, quod per aes et libram fiebat, sublatum esse. Neque id quamobrem fieret, causa erat. Quare etiam posthac nihil obstabat, quominus nexi solennitas perageretur. Quum vero damnatio effectus suos insignes jam non haberet, quum nec lis infitiando in duplum cresceret, quum creditor ne ei quidem debitori, qui sibi manum non depelleret et pro se lege ageret, quod permissum erat lege Valeria, ipse manum injicere posset, sed decreto praetoris duci eum permittente opus esset, quum denique ad operas praestandas debitor compelli jam non posset, eas ob causas rarius in dies nexum factum est, stipulationum et mutui dationum, quibus stipulationes intercedebant, usus frequentior usque esse coepit. Et quum argentea

[72]) Liv. VIII. 28. Dion. l. c. Cic. de rep. II. 24. Val. Max. VI. 1 § 9.

pecunia non ita multo post legem Poeteliam latam cusa amplius necesse non esset libram et libripendem adhibere, haec quoque res, ut conjicere licet, non parum valuit, cur nexum submoveretur. Quapropter videtur mox omnino in desuetudinem abiisse.

De mancipio pauca dicam. Priscis Romanis res mancipi, quae mancipationem et recipiebant et quodammodo postulabant, fere unicae pretiosae erant, eaque res haud dubie non parvi momenti fuit, cur alienandi et acquirendi forma notarentur. Jam vero progressione reipublicae Romanae, quum multis gentibus et terris subactis veterum simplicitate neglecta luxus invasisset, quum plurimae res majoribus paene ignotae essent, quae res mancipi pretii magnitudine, quasdam etiam diuturnitate temporis facile vincerent, iniquum videbatur, hujusmodi res nec mancipi posse sola traditione acquiri, res mancipi minus pretiosas civilem actionem requirere. Erat porro auctum commercium cum peregrinis, cum eo juris gentium vis et usus, civiles actiones alienas aspernantis. Et quum dominia rerum saepius, quam antea, mutarentur, non raro in rebus mancipi transferendis mancipationis cum majore difficultate conjunctae usu supersedebant. Qua re motus praetor eum, qui traditione acquisierat rem mancipi, contra vindicationem prioris domini exceptione doli tuebatur, deinde eidem actionem dabat (Publicianam scilicet) ad recuperandam rem amissam, qua etiam contra dominum ex jure Quiritium auctorem suum uti poterat, quum exceptionem dominii replicatione doli infirmaret. Obligationem insignem ex mancipio auctoritatis nomine oriundam duplae stipulatione, et non tantum in rebus mancipi, verum etiam in rebus nec mancipi pretiosioribus, imitabantur. Nihilominus mancipationes Gaji tempore admodum frequentes fuisse videntur, in praediis praesertim, ut suspicor. Ut eum, qui rem mancipi traditam sibi, non mancipatam in bonis tantam habebat, praetor tuebatur, ita secundum tabulas testamenti septem testium signis obsignatas hereditatem dabat, tametsi per aes et libram factum non esset. Theodosii secundi tempore nunquam in testamentis faciendis mancipationis forma utebantur: nuncupatio coram quinque testibus sufficiebat. In jure Justinianeo mancipatio, verisimiliter jamdiu ex vitae usu sublata, locum non habet. Ipse legislator differentiam rerum mancipi et nec mancipi, quam sane antiquam merito antiquari dicit, in constitutione de usucapione transformanda (C. VII. 31) sustulit.

THESES.

1. Jus consuetudinis ex usu et consuetudine nascitur.

2. Est titulus usucapiendi pro re judicata.

3. Reo absoluto, licet male judex absolverit, tamen ne naturalis quidem obligatio remanet.

4. Re homineve criminis alicujus perfectionem non recipiente, neque conatus ejusdem est admittendus.

5. Qui pacto hereditario heredem sibi constituit, mortis causa donare non potest.

6. Actio revocatoria feudi agnatorum, qui ad alienationem omnes consensum dederunt, descendentibus non competit.

7. Jus patronatus non utendo non amittitur.

8. Foro gestae administrationis forum domicilii non excluditur.